Javier Arévalo Vela

TRATADO DE DERECHO LABORAL

JURISTA EDITORES

DERECHO DE DERECHO LABORAL

Javier Arévalo Vela

JURISTA EDITORES E.I.R.L.

Javier Arévalo Vela
JUEZ DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

TRATADO DE DERECHO LABORAL

JURISTA EDITORES

© **TRATADO DE DERECHO LABORAL**

© Javier Arévalo Vela

© Jurista Editores E.I.R.L, 2023

Editado por:
Jurista Editores E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima - Perú.
Teléfono: 4266303 / 4281072 / 934 743 247
20459059424

Segunda Edición - enero 2023
Tiraje: 1000 ejemplares

Diseño y diagramación: Carlos García
Diseño de cubierta: Marco A. Arcos Paredes

© Derechos de Autor reservados conforme a ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2022-09919

ISBN N°: 978-612-5019-37-0

Impreso por:
JURISTA EDITORES EIRL
Petit Thouars N° 1207 - Lima - Perú.
Enero 2023

ÍNDICE

Prólogo 37

Capítulo I
EL TRABAJO HUMANO

1. Introducción 39
2. Caracteres del trabajo objeto del Derecho del Trabajo 40
   - 2.1. Trabajo personal 41
   - 2.2. Trabajo productivo 42
   - 2.3. Trabajo por cuenta ajena 42
   - 2.4. Trabajo libre 42
   - 2.5. Trabajo dependiente 43
3. Caracteres derivados del trabajo objeto del Derecho del Trabajo 44
   - 3.1. Remuneración del trabajo 44
   - 3.2. Pacto previo de la remuneración 44
   - 3.3. Limitación del tiempo de prestación del trabajo 45
   - 3.4. Limitación de la subordinación o dependencia 45

Bibliografía 46

Capítulo II
EL DERECHO DEL TRABAJO

1. Introducción 47
2. Definición del Derecho del Trabajo 48
3. El problema de la denominación 48

4. Naturaleza jurídica 49
5. Autonomía 50
6. Finalidad 51
7. División del Derecho del Trabajo 51
8. Relaciones del Derecho del Trabajo con otras ramas del Derecho 52
   8.1. Relaciones con el Derecho Constitucional 52
   8.2. Relaciones con el Derecho Administrativo 52
   8.3. Relaciones con el Derecho Penal 53
   8.4. Relaciones con el Derecho Internacional Público 54
   8.5. Relaciones con el Derecho Internacional Privado 54
   8.6. Relaciones con el Derecho Civil 54
   8.7. Relaciones con el Derecho Comercial 55

Bibliografía 55

Capítulo III
LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Introducción 57
2. Clasificación de las fuentes del Derecho del Trabajo 58
3. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA DOCTRINA NACIONAL 59
   3.1. Clasificación de Jorge Rendón Vásquez 59
   3.2. Clasificación de Guillermo Boza Pro 60
   3.3. Clasificación de Luz Pacheco Zerga 61
   3.4. Clasificación de Francisco Gómez Valdez 61
   3.5. Nuestra clasificación de las fuentes del Derecho del Trabajo peruano 62
4. Las fuentes de origen estatal legisladas 62
   4.1. La Constitución 62
   4.2. La ley y las normas de jerarquía equivalente 63
   4.3. Los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo 65
   4.4. Los actos administrativos de carácter general 65

5. Las fuentes de origen estatal jurisprudenciales 66
5.1. Las decisiones del Poder Judicial 66
5.1.1. Los precedentes judiciales vinculantes 67
5.1.2. La doctrina jurisprudencial 67
5.1.3. Los acuerdos plenarios 67
5.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional 68
5.2.1. Las sentencias de inconstitucionalidad 68
5.2.2. Los precedentes constitucionales 68
6. Fuentes cuyo origen es la realidad social 71
6.1. La costumbre 71
6.2. Los usos laborales 71
7. FUENTES DE ORIGEN PROFESIONAL 72
7.1. El convenio colectivo 72
7.2. Los laudos arbitrales económicos 73
7.3. El contrato individual de trabajo 73
7.4. Los reglamentos del empleador 74
7.4.1. El Reglamento interno de trabajo 74
7.4.2. El reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo 75
8. LAS FUENTES DE ORIGEN ACADÉMICO 75
8.1. La doctrina 75
8.2. Los Principios del Derecho del trabajo 76
9. Las fuentes internacionales 76
9.1. Los tratados 76
9.1.1. Los tratados bilaterales y multilaterales 77
9.1.2. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo 77
9.2. Las sentencias internacionales 78
Bibliografía 82

Capítulo IV
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Introducción 85
2. Definición 86
3. Clasificación 87
4. Recepción normativa de los principios 87
5. Enumeración 88
6. El principio protector 89
   - 6.1. Regla ***in dubio pro operario*** ***90***
   - 6.2. Regla de la norma más favorable 91
   - 6.3. Regla de la condición más beneficiosa 95
7. El principio de igualdad 96
8. El principio de irrenunciabilidad 100
9. El principio de primacía de la realidad 104
10. El principio de continuidad 107
11. Principio de razonabilidad 108
12. Principio de buena fe 109
13. Principio de no discriminación 109

Bibliografía 110

Capítulo V
LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURIDICAS LABORALES

1. Introducción 113
2. Definición 114
3. Clases de interpretación 115
   - 3.1. Clasificación por razón del intérprete 115
   - 3.2. Clasificación en razón de sus alcances 117
   - 3.3. Clasificación por razón del método 118
     - 3.3.1. El método literal 119
     - 3.3.2. Método teleológico 119

3.3.3. Método sistemático por comparación de la norma 120
3.3.4. Método sistemático por ubicación de la norma 121
3.3.5. Método histórico 122
3.3.6. Método sociológico 122
4. Interpretación judicial de las normas laborales 123
Bibliografía 130

Capítulo VI
LA APLICACIÓN DE LA LEY LABORAL EN EL ESPACIO Y EL TIEMPO

1. Introducción 131
2. La aplicación de la ley laboral en el espacio 132
3. Conflicto de leyes laborales en el espacio 133
4. Conflicto de leyes relativas al contrato individual de trabajo 133
4.1. Conflictos relacionados con la capacidad del trabajador para contratar 134
4.2. Conflictos relacionados con las formalidades del contrato de trabajo 135
4.3. Conflictos relacionados con el contenido del contrato 136
5. Conflicto de leyes relacionadas con los accidentes de trabajo 138
6. Conflicto de leyes relativas a las relaciones colectivas de trabajo 139
6.1. Conflictos relativos a la organización y funcionamiento de los organismos sindicales 139
6.2. Conflictos relativos a contradicción entre convenios colectivos 139
6.3. Conflictos relativos a la fricción entre leyes que rigen la celebración de los convenios colectivos 140
7. Trabajadores al servicio de delegaciones diplomáticas 140
8. Aplicación de las leyes laborales en el tiempo 142
9. Inicio de vigencia de la ley laboral en el tiempo 142
10. Finalización de la vigencia de la ley laboral 143
10.1. Finalización de la vigencia de la ley por derogación o modificación 143

10.2. Finalización de la vigencia de la ley por cumplimiento de su finalidad 145
10.3. Finalización por derogación de la ley por sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional 145
11. Aplicación retroactiva de la ley 145
Bibliografía 146

Capítulo VII
EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Introducción 147
2. Definición 148
3. Sujetos del contrato de trabajo 149
3.1. El trabajador 150
3.2. Capacidad del trabajador 151
3.2.1. Clases de trabajadores 154
3.2.2. Deberes del trabajador 158
3.3. El empleador 159
3.3.1. Obligaciones de registro 159
3.3.2. El grupo de empresas como empleador 161
3.3.3. Deberes del empleador 162
4. Elementos del contrato de trabajo 163
4.1. Elementos generales 163
4.2. Elementos esenciales 167
5. Duración del contrato de trabajo 173
6. Diferencia con otros contratos 174
7. Nulidad del contrato de trabajo 175
8. Caracteres del contrato de trabajo 176
9. Infracciones administrativas relacionadas con el contrato de trabajo 176
Bibliografía 178

Capítulo VIII
CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

1. Introducción 179
2. Contrato de trabajo a plazo indeterminado y a plazo determinado 180
3. Contrato de trabajo a tiempo completo y tiempo parcial 180
4. Contratos sujetos a modalidad 181
   - 4.1. Definición (artículo 53.° del TUOLPCL) 181
   - 4.2. Contratos de naturaleza temporal (artículo 54.° del TUOLPCL) 184
     - 4.2.1. Contrato por inicio o lanzamiento de actividad (artículo 57.° del TUOLPCL) 184
     - 4.2.2. Contratos por necesidades del mercado (artículo 58.° del TUOLPCL) 187
     - 4.2.3. Contrato por reconversión empresarial (artículo 59.° del TUOLPCL) 189
   - 4.3. Contratos de naturaleza accidental (artículo 55.° del TUOLPCL) 189
     - 4.3.1. Contrato ocasional (artículo 60.° del TUOLPCL) 189
     - 4.3.2. Contrato por suplencia (artículo 61.° del TUOLPCL) 190
     - 4.3.3. Contrato de emergencia (artículo 62.° del TUOLPCL) 191
   - 4.4. Contratos para obra o servicio (artículo 56.° del TUOLPCL) .. 192
     - 4.4.1. Contrato para obra determinada o servicio específico (artículo 63.° del TUOLPCL) 192
     - 4.4.2. Contrato intermitente (artículo 64.° del TUOLPCL) 193
     - 4.4.3. Contrato de temporada (artículo 67.° del TUOLPCL) 194
   - 4.5. Requisitos formales para la validez de los contratos sujetos a modalidad 196
   - 4.6. Normas comunes a todos los contratos sujetos a modalidad 197
5. Desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad (artículo 77.° del TUOLPCL) 198

6. Otros contratos sujetos a modalidad 198
7. Caso especial del contrato con deportistas de alto nivel 199
Bibliografía 199

Capítulo IX
LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. Introducción 201
2. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo 202
3. Causales de suspensión del contrato de trabajo 203
4. Las causales de suspensión del contrato de trabajo en el TUOLPCL 204
4.1. La invalidez temporal (inciso a del artículo 12.° del TUOLPCL) 204
4.2. La enfermedad y accidentes comprobados (inciso b del artículo 12.° del TUOLPCL) 205
4.3. La maternidad (inciso c del artículo 12.° del TUOLPCL) 206
4.4. Permiso por lactancia (Ley N.° 27240) 207
4.5. El descanso vacacional (inciso d del artículo 12.° del TUOLPCL) 208
4.6. La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el servicio militar obligatorio (inciso e del artículo 12.° del TUOLPCL) 209
4.6.1. Desempeño de cargo cívico 209
4.6.2. Consejero Regional (Ley N.° 27867) 210
4.6.3. Cumplimento del servicio militar (Ley N.° 29248) 210
4.6.4. Bomberos voluntarios (Decreto Supremo N.° 001-2017-TR) 211
4.7. El permiso o licencia sindical (inciso f del artículo 12.° del TUOLPCL) 211
4.8. La sanción disciplinaria (inciso g del artículo 12.° del TUOLPCL) 212
4.9. La huelga (inciso h del artículo 12.° del TUOLPCL) 213
4.10. Detención del trabajador (inciso i del artículo 12.° del TUOLPCL) 214

4.11. La inhabilitación del trabajador (inciso j del artículo 12.° del TUOLPCL) 214
4.12. El permiso o licencia concedidos por el empleador (inciso k del artículo 12.° del TUOLPCL) 214
4.13. Suspensión por caso fortuito o fuerza mayor (inciso l del artículo 12.° del TUOLPCL) 215
4.14. Otros establecidos por norma expresa (inciso ll del artículo 12.° del TUOLPCL) 219

5. Las causales de suspensión previstas en leyes especiales 219
5.1. Licencia para deportistas calificados (Ley N.° 28036) 219
5.2. La donación de sangre y componentes sanguíneos (Ley N.° 27282) 220
5.3. Licencia laboral por adopción (Ley N.° 27409) 220
5.4. Licencia por paternidad (Ley N° 29049) 221
5.5. Licencia por familiares directos con estado grave por enfermedad o terminal o sufran accidente grave (Ley N.° 30012) 223
5.6. Licencia para la asistencia médica y terapia de rehabilitación de hijos (Decreto Legislativo N.° 1417, modificatorio de la Ley N.° 30119) 223
5.7. Licencia para trabajadores y trabajadoras que son curadores de una persona con discapacidad (Decreto Legislativo N.° 1417) 224
5.8. La decisión unilateral del empleador 225
5.9. El cierre por sanción al empleador 225
5.10. Licencia protectora por denuncias de actos de corrupción (Decreto Legislativo N.° 1327) 226
5.11. Licencia por atención a familiar con Alzheimer (Ley N.° 30795) 226
5.12. Licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad (Ley N.° 30119) 229
5.13. Licencia por violencia familiar (Ley N.° 30364) 232
5.14. Licencia para representación ante el Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley No.29783) 232

5.15. La suspensión como medida de protección en caso de hostigamiento sexual en el trabajo (Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP) 234
5.16. Licencia con goce de haber para trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo en el caso del Covid-19 (Decreto de Urgencia N.° 026-2020) 234
5.17. Licencia con goce de haber para trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo al servicio de un empleador privado en el caso de COVID-19 (Decreto Supremo N.° 010-2020-TR) 234
5.18. Licencia para la atención de familiares directos que cuentan con diagnóstico de Covid-19 o que son grupo de riesgo que son grupo de riesgo un posible contagio de COVID-19 y que en ambos casos no se encuentren hospitalizados (Decreto Legislativo N.° 1499) 235
5.19. Licencia con goce de haber en caso de obras bajo administración directa de entidades públicas en casos de COVID-19 (Decreto Legislativo No. 1499) 235
5.20 Licencia para exámenes de detección de cáncer de mama 235

Bibliografía 235

Capítulo X
LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJO

1. La extinción del contrato de trabajo 237
2. Fallecimiento de una de las partes (literal a del artículo 16.° del TUOLPCL) 238
   2.1. La muerte del trabajador 238
   2.2. La muerte del empleador como persona natural 238
3. La renuncia o retiro voluntario del trabajador (literal b del artículo 16.° del TUOLPCL) 239
4. La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad (literal c del artículo 16.° del TUOLPCL) 241

4.1. La terminación de obra o servicio 241
4.2. La condición resolutoria 241
4.3. El vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad 242
5. El mutuo disenso entre el empleador y el trabajador (literal d del artículo 16.° TUOLPCL) 242
6. La invalidez absoluta permanente (literal e del artículo 16.° del TUOLPCL) 243
7. La jubilación (literal f del artículo 16.°) 244
7.1. Jubilación obligatoria de trabajadores con derecho a pensión en el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones 245
7.2. La jubilación obligatoria y automática de los trabajadores que cumplan setenta años de edad 246
8. El despido 247
9. Terminación por causa objetiva 247
9.1. El caso fortuito y la fuerza mayor 247
9.2. Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos 249
9.2.1. Motivos económicos 249
9.2.2. Motivos tecnológicos 251
9.2.3. Motivos estructurales 252
9.2.4. Motivos análogos 252
9.3. La disolución y liquidación de la empresa y la quiebra 252
9.4. La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N.° 845 253
Bibliografía 253

Capítulo XI
EL DESPIDO POR CAUSA JUSTA

1. Generalidades 255
2. Definición 256
3. Causalidad del despido 257

4. La protección contra el despido en los instrumentos internacionales... 257
5. La protección contra el despido en la Constitución de 1993... 258
6. La protección contra el despido en el TUOLPCL... 260
7. Clases de despido... 262
   7.1. Despido incausado... 262
   7.2. Despido injustificado... 262
   7.3. Despido fraudulento... 262
   7.4. Despido nulo... 263
   7.5. Despido indirecto... 263
8. El despido por causas relacionadas con la capacidad del trabajador... 263
   8.1. "Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros" (texto según la Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 29973)... 263
   8.2. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (inciso b del artículo 23.°)... 264
   8.3. La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. (inciso c del artículo 23.°)... 265
9. El despido por causas relacionadas con la conducta del trabajador... 265
   9.1. La comisión de falta grave... 265
   9.2. La condena penal por delito doloso... 267
   9.3. La inhabilitación por el ejercicio de la actividad... 269
10. Análisis de las faltas graves tipificadas en el TUOLPCL... 270
   10.1. Causas relativas a la prestación laboral... 271
   10.2. Causas relativas al deber de disciplina... 274
   10.3. Causas relativas al deber de buena fe... 284
   10.4. Autonomía de la falta grave... 289
11. El procedimiento para el despido... 290

11.1. El sumario previo 290
11.2. Comisión de la misma falta grave por varios trabajadores 295
12. Verificación del despido 296
13. El plazo de caducidad 296
Bibliografía 297

Capítulo XII
EL DESPIDO NULO

1. Introducción 299
2. El despido nulo por realizar actividad sindical 300
3. El despido nulo por ejercer la representación de los trabajadores 301
4. El despido nulo por ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional 302
5. El despido por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole 305
6. El despido nulo por maternidad y sus efectos 306
6.1. Presunción de nulidad en el despido de la madre trabajadora .. 310
6.2. Despido de la madre trabajadora por causa justa 313
7. El despido nulo por padecer VIH/SIDA 314
8. El despido nulo por discapacidad 314
9. El despido nulo por padecer tuberculosis 315
10. El despido nulo por padecer de diabetes o sus secuelas 316
11. El despido nulo por hostigamiento sexual 316
12. Carga de la prueba en el despido nulo 317
13. Efectos de la demanda de nulidad de despido declarada fundada 317
Bibliografía 318

Capítulo XIII
LAS REMUNERACIONES

1. Introducción 319
2. Definición 320
3. El derecho fundamental a la remuneración 322

4. Contenido del derecho a la remuneración 323
4.1. Contenido esencial 323
4.1.1. Remuneración equitativa 324
4.1.2. Remuneración suficiente 325
4.2. Contenido accidental 327
5. Clasificación 328
5.1. Remuneración por unidad de tiempo 328
5.2. Remuneración por unidad de obra 328
5.3. Remuneración integral 328
6. Características 328
7. Conceptos no remunerativos 330
8. Garantías de la remuneración 333
8.1. Garantías frente al empleador 333
8.1.1. Obligación de pago 334
8.1.2. Forma de pago 334
8.1.3. Periodicidad de pago 335
8.1.4. Lugar de pago 336
8.2. Garantías contra los acreedores del trabajador 337
8.3. Garantías contra los acreedores del empleador 338
9. Reducción de remuneraciones 343
10. La Remuneración Mínima Vital 345
10.1. Definición 345
10.2. Monto de la Remuneración Mínima Vital 346
10.3. Casos especiales de remuneración mínima 346
10.3.1. Trabajadores a jornada parcial 346
10.3.2. Comisionistas 347
10.3.3. Destajeros 347
10.3.4. Trabajadores mineros 347
10.3.5. Trabajadores periodistas 347
10.3.6. Trabajadores en horario nocturno 348
10.3.7. Trabajadores agrarios 348
10.3.8. Subvención económica para modalidades formativas laborales 348

10.3.9. Subvención económica de la pasantía 349
10.3.10. Subvención de la actualización para reinserción laboral 349
10.3.11. Carácter remunerativo del Impuesto a la Renta pagado por el empleador 349
10.4. Incumplimiento de pago de la remuneración mínima vital 350
11. La remuneración en los regímenes especiales 350
11.1. Remuneración de trabajadores adolescentes 350
11.2. Remuneración de trabajadores agrarios 350
11.3. Remuneración de los trabajadores artistas 351
11.4. Remuneración del trabajador porteador 352
11.5. Remuneración de los trabajadores de empresas comunales 353
11.6. Remuneración de los trabajadores de empresas constructoras de inversión limitada 353
11.7. Remuneración de los trabajadores del hogar 354
11.8. Remuneración de los trabajadores de la industria pesquera 355
11.9. Remuneración de los periodistas profesionales 356
11.10. Remuneración de los trabajadores pescadores 357
11.11. Remuneración del trabajador portuario 358
11.12. Remuneración de los docentes universitarios 359
11.13. Remuneración de los obreros de construcción civil 359
11.14. Remuneración de los trabajadores de la micro y pequeña empresa 360
12. Prohibición de la discriminación remunerativa entre varones y mujeres 360
Bibliografía 363

Capítulo XIV
LA ASIGNACIÓN FAMILIAR

1. Introducción 365
2. Definición 366
3. Naturaleza jurídica 366
4. Trabajadores con derecho 366

5. Casos especiales de percepción 369
6. Requisitos para su percepción 370
7. Monto 371
8. Asignaciones familiares distintas a las de la ley 372
9. Oportunidad de pago 372

Capítulo XV
LAS GRATIFICACIONES

1. Introducción 373
2. Definición 373
3. Naturaleza jurídica 374
4. Clases 374
5. Trabajadores con derecho 376
6. Monto de la gratificación 377
7. Remuneración regular 377
8. Caso de trabajadores con remuneraciones imprecisas 378
9. Oportunidad de pago 378
10. Requisitos para su percepción 379
11. Gratificaciones truncas 379
12. Incompatibilidades 380
13. Prescripción de las gratificaciones 380
Bibliografía 380

Capítulo XVI
LOS DESCANSOS REMUNERADOS

1. Introducción 381
2. El descanso semanal obligatorio 381
2.1. Remuneración del día de descanso semanal 382
2.2. Días efectivamente trabajados 383
2.3. Descuentos por inasistencias 383
2.4. Trabajo en día de descanso semanal 384
2.5. Trabajadores sin derecho al descanso semanal obligatorio 384
2.6. Incentivos y estímulos de asistencia 385

3. El descanso en días feriados 385
3.1. Los días feriados en el Perú 385
3.2. Corrida de feriados 386
3.3. Suspensión de labores por feriados no nacionales 387
3.4. Remuneración de los días feriados 387
3.5. Trabajo en días feriados 387
4. El descanso vacacional 388
4.1. Definición de vacaciones 389
4.2. Justificación del descanso vacacional 390
4.3. Requisitos para el descanso vacacional 391
4.4. Duración del descanso vacacional 394
4.5. Inicio del descanso vacacional 395
4.6. Enfermedad y descanso vacacional 395
4.7. Oportunidad de inicio del descanso vacacional 395
4.8. Adelanto del descanso vacacional 396
4.9. Monto de la remuneración vacacional 396
4.10. Oportunidad de pago de la remuneración vacacional 397
4.11. Fraccionamiento del descanso vacacional 398
4.12. Acumulación de descansos vacacionales 399
4.13. Reducción del descanso vacacional 399
4.14. Constancia de goce del descanso vacacional 400
4.15. Goce vacacional en trabajos discontinuos o de temporada 401
4.16. Pago de vacaciones a trabajadores que dejen de laborar 401
4.17. La triple vacacional 403
4.18. Caso especial de los profesores de centros educativos particulares 405
4.19. Caso especial de la madre gestante 405
4.20. Caso de la licencia por paternidad 405
4.21. Caso de la licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad 406
4.22. Caso de la licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave 406
4.23. Infracción de las normas sobre descanso vacacional 407
Bibliografía 407

Capítulo XVII

LA REPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

1. Introducción 409
2. Los accidentes de trabajo 411
   - 2.1. Definición de accidente de trabajo 411
   - 2.2. Elementos del accidente de trabajo 413
   - 2.3. Clases de accidentes de trabajo 413
   - 2.4. Causas de los accidentes 414
3. Las enfermedades profesionales 415
   - 3.1. Definición de enfermedad ocupacional 415
   - 3.2. Clasificación de las enfermedades ocupacionales según la OIT 417
   - 3.3. Clasificación de las enfermedades ocupacionales según la legislación peruana 417
4. Nociones generales sobre responsabilidad civil 418
   - 4.1. Definición de responsabilidad civil 418
   - 4.2. Clases de responsabilidad civil 418
   - 4.3. Elementos de la responsabilidad civil 418
5. Naturaleza de la responsabilidad civil por contingencias laborales 420
   - 5.1. La antijuricidad en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 423
   - 5.2. La relación causal en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 423
   - 5.3. Los factores de atribución en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 424
   - 5.4. El daño en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 425
   - 5.5. Prueba y Resarcimiento del Daño 427

Bibliografía 428

Capítulo XVIII
EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO

1. Introducción 431
2. Definición de hostigamiento sexual 433
3. Elementos de la definición de hostigamiento sexual según la LPSHS 434
4. Ámbito de aplicación de la LPSHS 435
5. Sujetos en el hostigamiento sexual 436
6. Clases de hostigamiento sexual 437
7. Manifestaciones del hostigamiento sexual 438
8. Responsabilidad del empleador en el régimen laboral privado 438
9. Consecuencias en el régimen laboral privado 439
10. Sanción a los hostigadores 440
11. Procedimiento judicial 441
    - 11.1. Juez competente y vía procedimental 441
    - 11.2. Cuestiones previas 441
    - 11.3. Plazo de caducidad 442
    - 11.4. Litisconsorcio necesario 442
    - 11.5. La falsa queja 442
12. La prueba en el hostigamiento sexual 442
    - 12.1. La declaración de parte 443
    - 12.2. La declaración testimonial 444
    - 12.3. La prueba documental 444
        - 12.3.1. El correo electrónico (e-mail) 444
        - 12.3.2. El ***Short Message Service*** (SMS) 445
        - 12.3.3. El ***WhatsApp*** ***445***
        - 12.3.4. La página web 445
        - 12.3.5. Las grabaciones de sonido 445
    - 12.4. La pericia 446
    - 12.5. La inspección judicial 446

Bibliografía 447

Capítulo XIX
EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

1. Introducción 449
2. Definición 450
3. CrÍticas sobre la denominación 450
4. Características del Derecho Colectivo del Trabajo 451
5. Fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo 451
   - 5.1. La Constitución 452
   - 5.2. Los tratados internacionales 452
     - 5.2.1. Los tratados internacionales sobre derechos humanos 452
     - 5.2.2. Los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 454
   - 5.3. La Ley y normas de similar jerarquía 455
   - 5.5. La convención colectiva o contrato colectivo de trabajo 459
   - 5.6. Los laudos arbitrales económicos 460
   - 5.7. La jurisprudencia 460
     - 5.7.1. El precedente judicial 461
     - 5.7.2. El precedente constitucional 462
     - 5.7.3. Las sentencias constitucionales 464
     - 5.7.3.1. La sentencia de inconstitucionalidad 464
     - 5.7.3.2. Doctrina constitucional 466
     - 5.7.3.3. Sentencias de Procesos Constitucionales de Acción Popular 472
     - 5.7.4. Los plenos jurisdiccionales 472
   - 5.8. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 474
   - 5.9. Decisiones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 475
   - 5.10. Doctrina Jurídica 476
6. Sujetos del Derecho Colectivo del Trabajo 476

Referencias 477

Capítulo XX
LA LIBERTAD SINDICAL

1. Introducción 479
2. Definición de libertad sindical 483
3. La libertad sindical individual 485
   3.1. La libertad sindical individual positiva 485
      3.1.1. Libertad de constituir organizaciones sindicales sin autorización previa 486
      3.1.2. Libertad de afiliación sindical 486
      3.1.3. Libertad de acción sindical 488
   3.2. La libertad sindical individual negativa 488
4. La libertad sindical colectiva 488
   4.1. Libertad de reglamentación 488
   4.2. Libertad de representación 489
   4.3. Libertad de gestión 489
   4.4. Libertad de federación 489
   4.5. Libertad de suspensión o disolución 490

Referencias 491

Capítulo XXI
LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

1. Introducción 493
2. Definición de sindicato 493
3. Clases de Sindicatos 494
   3.1. Por la condición laboral de sus miembros 494
   3.2. Por su ámbito territorial 495
   3.3. Por su grado de integración 495
   3.4. Por su regulación en la legislación peruana 495
4. El derecho de sindicación de los trabajadores independientes 496
5. Casos especiales de reconocimiento del Derecho de sindicación 497

5.1. Trabajadores de empresas de intermediación laboral y tercerizadoras ... 497
5.2. Trabajadores adolescentes ... 498
5.3. Trabajadores portuarios ... 498
5.4. Trabajadores artistas ... 498
5.5. Trabajadores de obras hidroeléctricas ... 499
5.6. Trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios ... 499
5.7. Trabajadores de microempresas ... 499
5.8. Teletrabajadores ... 500
6. Ámbito geográfico de los sindicatos ... 500
7. Fines y funciones de los sindicatos ... 501
7.1. Representación en conflictos colectivos ... 502
7.2. Representación en conflictos individuales ... 502
7.3. Funciones de carácter económico y social ... 503
8. Representación sindical en materia de negociación colectiva ... 503
8.1. Caso de sindicatos mayoritarios ... 504
8.2. Caso de pluralidad de sindicatos minoritarios ... 504
8.3. Caso de reclamación por una organización de integración sindical ... 505
9. Obligaciones de las organizaciones sindicales ... 505
9.1. Obligaciones internas ... 505
9.2. Obligaciones ante la Autoridad de Trabajo (inciso d del artículo 10°) ... 508
9.3. Obligaciones ante el empleador ... 508
10. Prohibiciones a las Organizaciones Sindicales ... 508
10.1. Prohibiciones de política partidaria (inciso a del artículo 11° del TUOLRCT) ... 509
10.2. Prohibición de coacción para la afiliación o desafiliación de las organizaciones sindicales (inciso b del artículo 11° del TUOLRCT) ... 510
10.3. Prohibición de actividades lucrativas (inciso c del artículo 11° del TUOLRCT) ... 510
10.4. Prohibición de distribuir el patrimonio sindical (inciso d del artículo 11° del TUOLRCT) ... 510

10.5. Prohibición de actos ilícitos (inciso e del artículo 11° del TUOLRCT) 510

11. FUNDACION DEL SINDICATO 510

12. el registro sindical 511

13. El patrimonio sindical 513

13.1. Definición 513

13.2. La cuota sindical (literal a del artículo 27°) 514

13.3. Precisiones sobre el término cuota sindical 514

13.4. Definición de cuota sindical 514

13.5. Importancia del pago de la cuota sindical 515

13.6. Clases de cuota sindical 515

13.6.1. La cuota sindical legal 516

13.6.2. La cuota sindical ordinaria 516

13.6.3. La cuota sindical extraordinaria 517

13.7. Procedencia del descuento por cuota sindical 517

13.8. Procedimiento para el descuento de la cuota sindical 518

13.9. Revocatoria de la autorización de descuento de la cuota sindical 520

13.10. Aportes a organizaciones de grado superior 521

13.11. Sanciones por incumplimiento del descuento y entrega de la cuota sindical 521

13.12. Las contribuciones voluntarias de los miembros del sindicato o de terceros (literal b del artículo 27°) 522

13.13. Los demás bienes que adquiera a título gratuito u oneroso (literal c del artículo 27°) 522

13.14. Liquidación del patrimonio sindical 522

14. La integración sindical 524

14.1. Constitución de organizaciones sindicales de grado superior 524

14.2. Registro de federaciones y confederaciones 525

14.3. Facultad de desafiliación de organismos de integración sindical 526

14.4. Regulación de federaciones y confederaciones 527

14.5. La cuota sindical para las organizaciones de integración sindical 527

14.6. Funciones de las organizaciones sindicales de grado superior... 527
14.7. Cancelación del registro... 528
Bibliografía... 529

Capítulo XXII
EL FUERO SINDICAL

1. Introducción... 531
2. Definición de fuero sindical... 532
3. Críticas al término fuero sindical... 534
4. Características del fuero sindical... 535
5. Antecedentes históricos del fuero sindical en el Perú... 537
6. El fuero sindical amplio y el fuero sindical restringido... 537
7. Clasificación del fuero sindical en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo... 540
   7.1. Fuero de los fundadores y adherentes (inciso a) del artículo 31°)... 540
   7.2. Fuero de los directivos (primera parte del inciso b del artículo 31°)... 541
   7.3. Fuero de los reclamantes (incisos c y e del artículo 31°)... 543
   7.4. Fuero de los candidatos (inciso d del artículo 31°)... 545
   7.5. Fuero convencional... 546
8. Comunicación a la Autoridad Administrativa de Trabajo... 546
9. Extinción del fuero sindical... 547
   9.1. La disolución y liquidación del centro de trabajo, y la quiebra 547
   9.2. El cese por caso fortuito y la fuerza mayor, así como los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos... 548
   9.3. El despido por causa justa... 549
10. La protección del fuero sindical... 551
Bibliografía... 552

Capítulo XXIII
LA LICENCIA SINDICAL

1. Introducción 555
2. Precisiones sobre el término licencia sindical 556
3. Definición de licencia sindical 556
4. Clases de licencia sindical 557
   4.1. La licencia sindical convencional 557
   4.2. Licencia sindical legal 558
5. Forma de ejercicio de la licencia sindical 558
6. Dirigentes con derecho a solicitar licencia sindical 559
7. Licencia de dirigentes integrantes de la comisión negociadora del pliego de reclamos 560
8. Comunicación al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo 562
9. Forma de cómputo del permiso sindical 562
10. Prohibición de licencia sindical por acto o norma administrativa 562
11. Licencia prevista en el Decreto Ley N° 14481 562
12. LICENCIA SINDICAL POR DIÁLOGO SOCIO LABORAL 563
13. Sanciones por incumplimiento de concesión de licencia sindical 564
Bibliografía 565

Capítulo XXIV
LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

1. Introducción 567
2. Disolución de la organización sindical 567
3. Causas determinantes de la disolución de una organización sindical 569
   3.1. Disolución de un sindicato por fusión o absorción 570
   3.2. Disolución de un sindicato por acuerdo mayoritario de sus miembros 570
   3.3. Disolución del sindicato por cumplirse los eventos previstos en su Estatuto 571

3.4. Disolución del sindicato por resolución judicial 572
3.5. Disolución del sindicato por liquidación de la empresa 573
3.6. Disolución judicial por perdida del número de afiliados 574
4. Liquidación del patrimonio sindical 574
5. Cancelación del registro sindical 576
Bibliografía 577

Capítulo XXV
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. Introducción 579
2. La negociación colectiva en los instrumentos internacionales y la constitución 580
3. Definición de negociación colectiva 581
4. Principios de la negociación colectiva 583
4.1. Principio de negociación libre y voluntaria 583
4.2. Libertad para definir el nivel de la negociación 584
4.3. Principio de la buena fe 586
5. Contenido esencial del derecho a la negociación colectiva 588
6. Titularidad del derecho a la negociación colectiva 589
7. Definición de convenio colectivo 589
8. Fuerza vinculante del convenio colectivo 592
9. Tipos de cláusulas de los convenios colectivos 594
9.1. Cláusulas normativas 594
9.2. Cláusulas obligacionales 595
10. Características del convenio colectivo 595
10.1. Primacía del convenio colectivo sobre los contratos individuales 595
10.2. Vigencia de los beneficios acordados 596
10.3. Duración del convenio colectivo 596
10.4. Vigencia de las cláusulas del convenio colectivo 597
10.5. Los alcances del convenio 597
10.6 Formalidades para la celebración de los convenios colectivos 598

11. Nivel de la negociación colectiva 598
11.1. Nivel de empresa 598
11.2. Por rama de actividad 599
11.3. De gremio 599
11.4. Reglas para determinar el nivel de la negociación colectiva 599
12. Capacidad negocial 602
12.1. La representación de los trabajadores 603
12.2. La representación de los empleadores 605
13. Intervención de asesores 606
14. Inicio de la negociación colectiva 606
15. Presentación del pliego de reclamos 609
16. Recepción del pliego de reclamos 610
17. Información para la negociación 610
18. Evaluación económica del pliego de reclamos 613
19. Duración de la negociación 614
20. Etapas de la negociación colectiva 615
20.1. Etapa de trato directo 615
20.2. Etapa de conciliación 615
20.3. La mediación 618
20.4. Etapa de arbitraje 619
20.4.1. Definición 620
20.4.2. El arbitraje como función jurisdiccional 620
20.4.3. Naturaleza jurídica del arbitraje 621
20.4.4. Principios del arbitraje laboral 621
20.4.5. Características del arbitraje 622
20.4.6. Clasificación del arbitraje 623
20.4.7. Control difuso y arbitraje 624
20.4.8. Determinación de su competencia por los propios árbitros 624
20.4.9. El laudo arbitral 625
20.4.9.1. Laudo por libre elección 625
20.4.9.2. Laudo por elección de última oferta 625
20.4.9.3. Laudo por elección atenuada 625
20.4.9.4. Laudo de arbitraje mediación 625

20.4.9.5. Comunicación del Laudo Arbitral 627
20.4.9.6. Efectos del laudo arbitral 627
20.4.9.7. Corrección del laudo 628
20.4.9.8. Causales de nulidad del laudo 628
20.4.10. Honorarios de los árbitros 629
20.4.11. Arbitraje voluntario 630
20.4.12. Arbitraje potestativo 638
20.4.13. El arbitraje obligatorio 646
20. Impugnación judicial del laudo arbitral 647
Bibliografía 648

Capítulo XXVI
LA HUELGA

1. Introducción 651
2. El derecho de huelga en los instrumentos internacionales y en la Constitución de 1993 652
3. Definición de huelga 653
4. Características de la huelga 655
4.1. Suspensión colectiva del trabajo: 656
4.2. Acuerdo mayoritario: 656
4.3. Realización voluntaria: 657
4.4. Realización pacífica: 657
4.5. Abandono del centro de trabajo: 658
5. Contenido esencial del derecho de huelga 658
6. Titularidad del derecho de huelga 659
7. Límites al derecho de huelga 659
8. Requisitos para la declaración de huelga 660
8.1. Finalidad de la huelga (inciso a) 661
8.2. Acuerdo de huelga (inciso b) 662
8.3. Comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo (inciso c) 662
8.4. No sometimiento a arbitraje cuando se recurra a la huelga (inciso d) 664

8.5. Adjuntar nómina de trabajadores que deben continuar laborando cuando corresponda (inciso c del artículo 65.° del Reglamento) ... 665

9. Calificación de la huelga ... 665
10. Ámbito de la huelga ... 666
11. Efectos de la declaración de huelga ... 667
11.1. Abstención total de labores (inciso a del artículo 77.° del TUOLRCT) ... 667
11.2. Suspensión de los efectos del contrato de trabajo (inciso b del artículo 77.° del TUOLRCT) ... 667
11.3. Prohibición del retiro de bienes y materias primas por el empleador (inciso c del artículo 77.° del TUOLRCT) ... 668
11.4. Respeto a la antigüedad en el trabajo (inciso d del artículo 77.° del TUOLRCT) ... 669

12. Excepción a la suspensión de actividades ... 669
13. Huelga pacífica ... 670
14. Requerimiento de ratificación para la continuación de la huelga ... 670
15. Modalidades de huelga prohibidas ... 671
15.1. Paralización intempestiva ... 671
15.2. Paralización de zonas o secciones neurálgicas ... 671
15.3. Trabajo a desgano ... 671
15.4. Trabajo a ritmo lento ... 671
15.5. Trabajo a reglamento ... 671
15.6. Otras formas ... 672

16. Los servicios públicos esenciales ... 672
17. La huelga en los servicios públicos esenciales ... 675
18. La ilegalidad de la huelga ... 680
19. Término de la huelga ... 682
19.1. El acuerdo de partes ... 682
19.2. La Decisión de los trabajadores ... 682
19.3. Por resolución administrativa ... 682
19.4. Declaratoria de ilegalidad ... 682

20. Sanciones a los huelguistas ... 683
Bibliografía ... 684

BIBLIOGRAFÍA ... 687

PRÓLOGO

Esta segunda edición de mi obra titulada "Tratado de Derecho Laboral", está orientada a actualizar la primera edición de la misma publicada en setiembre de 2012, la cual debido a las reformas legislativas, la novación de los criterios jurisprudenciales y el natural desarrollo de la doctrina con el devenir del tiempo ha quedado desactualizada en varios de sus capítulos.

La presente edición recoge las innovaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias producidas a partir del año 2012 y convierte a este libro en una herramienta de consulta plenamente actualizada y de calidad académica.

En la actualización de esta obra se ha considerado las reformas legislativas, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República, de cumplimiento obligatorio conforme al artículo 22.° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N.° 017-93-JUS, los precedentes constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional, los acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales Supremos; así como la más actualizada doctrina laboralista, tanto nacional como extranjera.

Consideramos que esta segunda edición que presentamos al público lector, constituye un texto básico para quienes se inician en el estudio del Derecho del trabajo, pero también una fuente de consulta para otros operadores más avanzados de esta disciplina jurídica, como son los funcionarios de la Autoridad Administrativa de Trabajo y los jueces de trabajo de todas las instancias.

Lima, octubre de 2022

Javier Arévalo Vela
Juez Supremo

CAPÍTULO I
EL TRABAJO HUMANO

Sumario: 1. Introducción. 2. Caracteres del trabajo objeto del Derecho del trabajo. 3. Caracteres derivados del trabajo objeto del Derecho del trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra "trabajo" admite varias acepciones, por ello, desde el inicio de este libro, quiero establecer qué debemos entender por trabajo objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, para lo cual, a continuación, transcribiremos una selección de definiciones recopiladas de la doctrina más autorizada para luego, presentar la nuestra.

Desde el punto de vista gramatical, la Real Academia Española (2001) presenta varias acepciones del término trabajo; sin embargo, nos resulta especialmente interesante aquella que conceptúa el trabajo como el "esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital" (p. 2204).

Basándose en la etimología de la palabra trabajo, CAMPOS (2003) nos señala al respecto que: «[...] la palabra trabajo podría venir de la voz latina trabs-trabis, que significa "traba", "obstáculo", "dificultad"» (p. 3).

En consecuencia, según este concepto, el trabajo sería la lucha del hombre contra las dificultades para satisfacer sus necesidades.

Al respecto, MERCADER UGUINA (2015) nos da la definición siguiente:

> "En español, como en otras lenguas, el término trabajo tiene una connotación negativa.

> Deriva de *tripalium* (literalmente, tres palos), una especie de cepo formado por tres palos que sirvió como instrumento de tortura. También la palabra labor (muy próxima a dolor) tiene un cariz peyorativo. Procede del latín *labor* y el griego *ponos (πονος)*, y se empleaba para significar esfuerzo, fatiga, molestia, calamidad, dolor, angustia..... En lengua francesa, el significado inicial de la palabra *"travail"* designa el sufrimiento que ha de soportar la mujer en el parto, mientras que en inglés, una de las acepciones de *"labour"* es parto» (p. 25).

De acuerdo con este significado, el trabajo sería sinónimo de penuria, tortura o pena.

Coincidiendo con este último significado etimológico, históricamente el trabajo ha sido considerado como un castigo o una maldición divina; así tenemos que la SANTA BIBLIA, en el Libro del Génesis 3, 19, señala que Dios impuso como castigo a Adán el que tuviera que trabajar para comer. Al respecto, dice: "Mediante el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas a confundirte con la tierra de que fuiste formado: puesto que polvo eres, y a ser polvo, tornarás" (p. 06).

El Tribunal Constitucional (2005) presenta la definición siguiente: "(...) al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc." (fundamento 18).

Por nuestra parte, partiendo de la idea de que el trabajo está íntimamente ligado a la transformación del medio y la generación de riqueza, consideramos que el trabajo se puede definir como toda actividad humana, sea física o mental, destinada a la producción de bienes o la prestación de servicios.

2. CARACTERES DEL TRABAJO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

En el lenguaje común, se utiliza la expresión "trabajo" como sinónimo de toda actividad que realizamos para alcanzar un fin; así, por ejemplo, consideramos como trabajo el estudio, los quehaceres domésticos, las faenas comunales, el ejercicio de una actividad comercial por nuestra propia cuenta y riesgo, la

prestación de servicios profesionales en forma independiente y todas aquellas actividades que impliquen un esfuerzo físico o mental, sin importar a quién benefician, el móvil que nos lleva a realizarlas, la manera como las ejecutamos o si percibimos alguna ventaja o recompensa por ellas. Sin embargo, para el Derecho del Trabajo, no toda actividad que implique un esfuerzo físico o mental puede ser considerada dentro de su ámbito de regulación, sino solamente aquella que cumpla con ciertas características, que a saber son: trabajo personal, productivo, por cuenta ajena, libre y dependiente.

2.1. Trabajo personal

Aunque parezca obvio decirlo, el trabajo regulado por el Derecho del Trabajo es el trabajo humano prestado en forma personalísima por las personas naturales, en tal sentido, queda fuera de su ámbito de regulación el trabajo realizado por animales o máquinas, o los servicios prestados por personas jurídicas o aquellas prestaciones en las cuales quien las realiza puede ser objeto de sustitución novatoria.

Tradicionalmente, se acepta que el trabajo personal puede adoptar dos modalidades: el manual y el intelectual.

El trabajo manual, es aquel en que el hombre entra en contacto con los materiales ya sea en forma directa (por ejemplo, con sus manos) o por medio de instrumentos (por ejemplo, herramientas). En el caso de la utilización de instrumentos, estos pueden ser activados directamente por la mano del hombre o por animales, u otra clase de fuerzas que han sido previamente dominadas mediante el uso de la tecnología.

El trabajo intelectual, como el ejercicio mental de elaboración y creación de conceptos o ideas realizado por el hombre y que se expresa a través de símbolos o signos, que pueden ir desde los más elementales, como son los gestos y las palabras, hasta los más complejos, como son las fórmulas matemáticas o los programas informáticos. Es de precisar, que el trabajo intelectual también se auxilia de instrumentos, tal como sería, por ejemplo, el uso de microscopios, equipos de sonido o computadoras.

En la actualidad, se considera que tanto el trabajo intelectual como el manual son objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, habiéndose superado el criterio tradicional según el cual el trabajo intelectual era superior al manual.

2.2. Trabajo productivo

Tal como dijimos anteriormente, el hombre es capaz de realizar diversas actividades que pueden ser catalogadas como trabajo de una manera general; sin embargo, para efectos del Derecho del Trabajo solo resulta importante el trabajo de carácter productivo, que es aquel destinado a producir bienes o prestar servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de subsistencia de quien lo realiza; es decir, que le reporta un beneficio económico expresado, por lo general, en dinero.

No se considerará entonces trabajo productivo el realizado con fines no económicos, como sería el ejecutado por una motivación altruista o el efectuado a través de la participación en faenas comunales.

2.3. Trabajo por cuenta ajena

Al realizar el hombre un trabajo productivo genera ciertos bienes o servicios que pueden quedar dentro de su esfera patrimonial o pasar a la de un tercero. El primer caso se presentará cuando el trabajo se ejecute por cuenta propia; el segundo, cuando sea ejecutado por cuenta ajena.

El tercero para quien se realiza el trabajo productivo debe ser extraño al trabajador, pues, si fuera parte de su núcleo familiar, nos encontraríamos frente a un caso de trabajo por cuenta propia, tal como bien lo precisan ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE (2000) diciendo: "[...] el trabajo familiar se caracteriza precisamente porque se trabaja para los propios además de para sí, no para extraños y los propios son los titulares inmediatos de lo producido" (p. 44).

El Derecho del Trabajo solo se interesa por el trabajo realizado por cuenta ajena, dejando a otras disciplinas jurídicas el ocuparse del trabajo por cuenta propia.

2.4. Trabajo libre

El trabajo personal, productivo y por cuenta ajena puede originarse en un acuerdo voluntario entre quien lo presta y quien lo recibe o, por el contrario, en una imposición del que lo recibe. En el primer caso, estamos hablando del trabajo libre; mientras que, en el segundo, del trabajo forzoso.

El trabajo libre , supone que quien lo presta decide si trabaja o no y para quien trabaja, así como en que momento deja de trabajar.

De otro lado, tenemos que el trabajo forzoso se encuentra prohibido por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como por los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, el N.° 29 de la OIT, adoptado el 28 de junio de 1930, vigente desde el 01 de mayo de 1932 (aprobado por Resolución Legislativa N.° 13284) y el N.° 105 de la OIT, adoptado el 25 de junio de 1957, vigente desde el 17 de enero de 1959 (aprobado por Resolución Legislativa N.° 13467), los que proscriben el empleo de trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, admitiéndolo solo en casos excepcionales, tales como el servicio militar, los trabajos cívicos, el trabajo penitenciario, el trabajo excepcional en casos de fuerza mayor o en circunstancias que pongan en peligro, o amenacen la vida o las condiciones normales de existencia de la población y los pequeños trabajos comunales, a condición de que sea la propia población o sus representantes quienes se pronuncien sobre la necesidad de dichos trabajos, habiendo precisado el segundo de los convenios en mención, que nunca se podrá recurrir al trabajo forzoso con fines de fomento económico, medio de educación política o como sanción por haber participado en huelgas.

En el ámbito nacional, la Constitución de 1993 en el último párrafo de su artículo 23.° establece que: «Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su consentimiento».

Asimismo, el artículo 168° - B del Código Penal, incorporado por el artículo 2.° del Decreto Legislativo N.° 1323, modificado a su vez por la Ley No. 30924 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de marzo de 2019, sanciona el trabajo forzoso en distintas modalidades.

Podemos concluir, que solo el trabajo prestado libremente es objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, ya que toda forma de trabajo forzoso se encuentra prohibida tanto por el derecho nacional como por el internacional.

2.5. Trabajo dependiente

La doctrina y el derecho comparado aceptan que el trabajo objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, debe realizarse de manera dependiente o subordinada.

La dependencia debe ser entendida como el sometimiento del trabajador a los poderes de organización y disciplina del empleador, pues este tiene a su cargo la dirección del centro de trabajo.

3. CARACTERES DERIVADOS DEL TRABAJO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

De la reunión de los caracteres señalados –trabajo personal, productivo, por cuenta ajena, libre y dependiente–, derivan otros que a continuación detallamos.

3.1. Remuneración del trabajo

Como sabemos, el trabajo productivo genera bienes o servicios, pero al ser realizado por cuenta ajena, lo creado queda en poder o favorece a un tercero. Esta situación origina que el beneficiario del trabajo deba compensar la cesión de los bienes o servicios, para lo cual otorga una remuneración.

ALONSO OLEA (2000) nos dice al respecto que: "[...] un trabajo a la vez productivo y por cuenta ajena es, por tanto, necesariamente remunerado, siendo la remuneración la compensación que necesariamente ha de dar el cesionario por los frutos que se le ceden" (p. 46).

El artículo 24.° de la Constitución de 1993 establece lo siguiente: "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual [...]".

El Tribunal Constitucional (2012), por su parte, nos señala:

> "[...] que la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana [...]" (fundamento 12).

3.2. Pacto previo de la remuneración

Siendo que la prestación de trabajo productivo, además de dependiente, también es libre, resulta acorde a su naturaleza que, en forma previa a tal prestación, se efectúe un pacto por el cual el trabajador se comprometa a la cesión de su fuerza de trabajo y de sus frutos a cambio de una contraprestación o remuneración que le deberá abonar el cesionario de la actividad que realice.

En uso del derecho a la libertad de contratación con fines lícitos, reconocido en el inciso 14) del artículo 2.° de la Constitución Política del Perú, el trabajador y el empleador pueden pactar libremente el monto de la remuneración; sin embargo, en ningún caso la suma fijada podrá ser inferior al mínimo legal establecido por el Estado.

3.3. Limitación del tiempo de prestación del trabajo

Dado el carácter libre del trabajo materia de nuestro estudio, el compromiso del trabajador de prestarlo no puede ser perpetuo, pues, de lo contrario, estaría enajenando su persona, es por ello que se le reconoce el derecho de terminar la relación laboral por su decisión unilateral a través de la renuncia.

Esto no afecta en nada la celebración de contratos a plazo indefinido, pues, como lo hemos dicho, en cualquier momento puede ejercer su facultad resolutoria, previo cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley y aun incumpliéndolas, caso este último en que podrá ser responsable de una indemnización por los daños y perjuicios causados con su actuar, pero nunca se le podrá exigir que se reincorpore al trabajo abandonado.

3.4. Limitación de la subordinación o dependencia

Si bien el trabajo que es objeto de nuestro análisis tiene carácter dependiente, esta dependencia está limitada al poder de dirección del empleador al interior de la relación laboral, pero no tiene un carácter general e indiferenciado sobre los actos del trabajador fuera de los alcances propios del contrato de trabajo. Aceptar una extensión contraria de la dependencia sería volver a las etapas de la esclavitud y la servidumbre, ya superadas.

La subordinación laboral se puede apreciar de manera más marcada en los cargos de menor calificación y jerarquía, y de una manera más sutil, en los cargos de mayor especialización y más alta jerarquía.

Bibliografía

Libros

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. (2000). Derecho del Trabajo, 18.a Edición Revisada. Madrid: Editorial Civitas.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7º. Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2015). Lecciones de Derecho del Trabajo, 8º. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.
- SAGRADA BÍBLIA. Barcelona: Editorial Océano.

Sentencias

- Sentencia N.º 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto del 2005, fundamento 18.
- Sentencia N.º 0020-2012-PI/TC, del 16 de abril de 2012, fundamento 12.

CAPÍTULO II
EL DERECHO DEL TRABAJO

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de Derecho del Trabajo. 3. El problema de la denominación. 4. Naturaleza jurídica. 5. Autonomía. 6. Finalidad. 7. División del Derecho del trabajo. 8. Relaciones del Derecho del trabajo con otras ramas del Derecho.

1. INTRODUCCIÓN

La Revolución Industrial, entendida como un proceso de transformación económico, social y tecnológico, iniciado en la segunda mitad del Siglo XVIII, originó el paso de una economía cuya base era la agricultura y el comercio a una economía basada en el uso de la maquinaria y la producción industrial.

La transformación de los sistemas de trabajo también dio origen al surgimiento de una clase social que trabajaba en las empresas industriales, la cual, solo contaba con su fuerza de trabajo, la que vendía al propietario de la empresa. Esta clase social la constituían los obreros o proletarios como también se les llamó.

Las condiciones en que los obreros trabajaban eran inhumanas, se les exigía laborar largas jornadas en instalaciones insalubres y peligrosas a cambio de salarios bajos, sin mayor protección social de parte de sus patronos. La situación descrita llevó a que se produjeran protestas obreras, algunas, incluso, cargadas de violencia, tal fue el caso de la Comuna de París el año 1848, así como el surgimiento de algunas corrientes de pensamiento que cuestionaban directamente el modelo de explotación capitalista y abogaban por el cambio social.

Es dentro de este contexto que empiezan a dictarse las primeras leyes protectoras de ciertas categorías de trabajadores, como las mujeres y los menores

y que, poco a poco irán formando lo que llegaría a convertirse en el Derecho del Trabajo.

2. DEFINICIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

En la doctrina, el Derecho del Trabajo ha sido objeto de diversas definiciones, algunas de las cuales transcribiremos a continuación, para luego presentar la nuestra.

DE DIEGO (2004) sostiene que: "El derecho del trabajo es la rama del derecho privado que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas entre los trabajadores dependientes y los empleadores, con el fin de reglar sus derechos y obligaciones" (p. 49).

PALOMEQUE y ÁLVAREZ (1999) argumentan que: "[...] se puede definir el Derecho del Trabajo como la ordenación jurídica del trabajo asalariado o prestado por cuenta ajena" (pp. 57-58).

Por nuestra parte, teniendo en cuenta las profundas transformaciones en las formas de trabajo y producción de los últimos tiempos, las que, a su vez, han originado que el Derecho del Trabajo tenga que adecuarse a las mismas, reconociendo nuevas formas de empleo, nuevas categorías ocupacionales o nuevas relaciones al interior del centro de trabajo, sin que ello implique renunciar a su carácter protector, que es la esencia de esta disciplina jurídica, formulamos la definición siguiente:

> El Derecho del Trabajo es un conjunto de normas jurídicas que, con carácter protector, regulan las relaciones individuales o colectivas de trabajo existentes entre las unidades de producción de bienes o prestación de servicios y los trabajadores que en forma personal, libre y subordinada, laboran para las mismas a cambio de un ingreso económico.

3. EL PROBLEMA DE LA DENOMINACIÓN

El Derecho del Trabajo, desde su nacimiento, recibió diversas denominaciones, algunas de ellas acordes con su contenido, otras no. Así, por

ejemplo, se le ha llamado Legislación Obrera, Legislación Social, Legislación Industrial y Obrera, Derecho del trabajo y Derecho laboral.

De todas las denominaciones citadas, son las expresiones Derecho del Trabajo y Derecho Laboral las que mejor reflejan su contenido y autonomía, por lo que, la doctrina las acepta mayoritariamente como sinónimos perfectos.

Creemos que hoy en día resulta superada la expresión "legislación laboral" utilizada para identificar al Derecho del Trabajo. La primera expresión, solo nos da la idea de un conjunto de normas legislativas de distinta jerarquía; mientras la segunda, es más amplia y refleja el carácter autónomo de esta disciplina jurídica.

Por nuestra parte, nos adherimos a la corriente doctrinaria que considera las expresiones Derecho del Trabajo y Derecho Laboral como sinónimos perfectos. Por tal motivo, al referirnos a esta rama del Derecho, utilizaremos indistintamente ambas denominaciones.

4. NATURALEZA JURÍDICA

Hoy en día, la doctrina cuestiona la antigua división del derecho en público y privado, atribuida al jurisconsulto romano Ulpiano, según la cual, el derecho público estaba referido a las cosas de interés colectivo y el privado se relacionaba al interés particular.

Esta discusión ha sido llevada al campo del Derecho del Trabajo, debatiéndose si esta disciplina jurídica es una rama del derecho público, del derecho privado o es un derecho mixto que participa de ambas.

MASCARO NASCIMENTO (1997), sin adherirse a ella, nos dice que la posición de quienes sostienen que el Derecho del trabajo pertenece al ámbito del Derecho público se basa en tres aspectos: la naturaleza administrativa de algunas de sus normas, además de la imperatividad y el carácter estatutario de ellas (p. 68).

DE DIEGO (2004), al defender la naturaleza de Derecho privado del Derecho del Trabajo, nos señala lo siguiente:

> "Después de arduas discusiones generadas por el papel que le cabe al Estado en la creación y control de aplicación del derecho del trabajo, se considera a esta rama del derecho como perteneciente al derecho privado, por regular las relaciones entre particulares como son los

> trabajadores dependientes y los empleadores. El intervencionismo estatal, la aprobación de convenios colectivos, las funciones en materia de solución de conflictos individuales y colectivos, el Estado empleador, son todas materias que finalmente reglan relaciones entre particulares y, por ende, no comprometen la ubicación precitada como una rama del derecho privado" (p. 49).

Entre los defensores de la tesis que el Derecho del trabajo es un derecho mixto, encontramos a MONTOYA MELGAR (2001) quien opina que:

> "Frente a las concepciones, en general abandonadas, según las cuales el Derecho del Trabajo es esencialmente Derecho Público, y frente a las tesis que defienden su naturaleza puramente privada, la posición que hoy domina es la que pone de relieve que «el Derecho del Trabajo no pertenece ni exclusivamente al Derecho público ni exclusivamente al Derecho privado, sino que comprende necesariamente ambos elementos" (p. 43).

Por nuestra parte, opinamos que el Derecho del Trabajo es un derecho mixto, que participa del Derecho público a través del intervencionismo estatal, que alcanza su máxima expresión publicista en la aplicación del principio de irrenunciabilidad, en la fiscalización por las autoridades del cumplimiento de las normas laborales y en la regulación de los procesos para la solución de los conflictos de trabajo; pero, también, alcanza su máxima expresión privatista en la formación del contrato en forma previa a esta intervención del Estado, cuando los particulares libremente, sea en forma individual o colectiva, deciden vincularse ya fuere a través de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo. Tratándose del Derecho Procesal del Trabajo, esta rama, por estar relacionada con el funcionamiento de la Administración de Justicia, pertenece al ámbito del Derecho Público.

5. AUTONOMÍA

La Doctrina no es pacífica en admitir la posibilidad de establecer la autonomía de una rama del Derecho, hay quienes rechazan esta opción; sin embargo, nosotros nos adherimos a la corriente contraria, por lo que, opinamos

que una disciplina jurídica puede ser autónoma siempre que se verifique su naturaleza independiente desde el punto de vista jurídico, científico y didáctico. Teniendo en cuenta estas premisas, opinamos que el Derecho del Trabajo es una rama autónoma del Derecho en general.

El Derecho del Trabajo tiene autonomía jurídica, porque cuenta con un sistema normativo propio, conformado por principios doctrinarios y una legislación especial, independientes de las demás ramas del Derecho que pudieran tratar de abarcarlo.

El Derecho del Trabajo goza de autonomía científica, por el hecho que sus instituciones son producto de todo un proceso formativo que, a través del tiempo, han permitido su sistematización, dando como resultado un orden de estudio que tiene homogeneidad y extensión.

Finalmente, diremos que el Derecho del Trabajo goza de autonomía didáctica, pues, puede ser estudiado en forma separada de otras disciplinas jurídicas. Esta autonomía didáctica permite su enseñanza en todas las facultades de Derecho de las universidades e, incluso, se estudie también en algunas facultades de profesiones no jurídicas.

6. FINALIDAD

Mucho se ha escrito sobre la finalidad del Derecho del Trabajo sin embargo para nosotros esta es buscar un equilibrio entre los intereses de los trabajadores y los empleadores, pero, manteniendo siempre un carácter tuitivo sobre los primeros.

7. DIVISIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

La doctrina suele dividir el Derecho del trabajo, en Derecho del Trabajo individual, Derecho del trabajo colectivo y Derecho Procesal del Trabajo.

El Derecho del Trabajo Individual, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones laborales derivadas del contrato individual de trabajo.

El Derecho del Trabajo Colectivo, es el conjunto de normas que regulan la libertad sindical, la organización y el funcionamiento de los sindicatos de cualquier naturaleza, el desarrollo de la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga.

El Derecho Procesal del Trabajo, es el conjunto de principios y normas legales destinadas a regular la solución heterónoma de los conflictos de trabajo que surjan entre los trabajadores, sea en forma individual u organizados sindicalmente, con los empleadores; así como, los que se presenten entre los trabajadores con sus organizaciones sindicales y los que surjan entre los trabajadores y sus organizaciones representativas con el Estado.

8. RELACIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

No obstante ser una disciplina autónoma, el Derecho del Trabajo se relaciona con otras ramas del derecho público y privado sobre los que, incluso, en algunos casos, ha influido para modificar conceptos tradicionales.

8.1. Relaciones con el Derecho Constitucional

El Derecho constitucional es una rama del derecho público que tiene por objeto de estudio la Constitución y las normas jurídicas que regulan los derechos e instituciones políticas en ella consagrados.

La Constitución como norma fundamental del Estado, actúa como marco para el desarrollo normativo de las diversas ramas del Derecho, como es el caso del Derecho del Trabajo.

La Constitución de 1993 se ocupa del trabajo en su Capítulo II, denominado de los Derechos Sociales y Económicos, artículos 22.° a 29.°, regulando el trabajo de tres maneras: resaltando su papel en el contexto socioeconómico del país, estableciendo algunos derechos laborales y consagrando principios del Derecho del trabajo.

8.2. Relaciones con el Derecho Administrativo

El Derecho administrativo es una rama del derecho público, que tiene por objeto regular el funcionamiento de la administración y los servicios públicos, así como, las relaciones del Estado con los particulares.

En la mayoría de países existe alguna entidad administrativa encargada de atender los asuntos en materia de trabajo, la que, en algunos casos como el Perú, alcanza el rango de Ministerio. Estos organismos, por lo general, tienen una doble función, por un lado, normativa, pues, dictan disposiciones reglamentarias en

materia de trabajo y, por el otro, fiscalizadoras, puesto que, vigilan el respeto de las normas de trabajo por los empleadores, a través del ejercicio de la función inspectiva.

Además de las funciones básicas antes indicadas, en algunos casos, la ley otorga a las autoridades administrativas la potestad para resolver conflictos de trabajo, sobre todo los colectivos de carácter económico.

En el caso peruano, la autoridad administrativa es la Superintendencia de Fiscalización Laboral (Sunafil), creada por Ley N.° 29981, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de enero de 2013, que es un organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral y el de la seguridad y salud en el trabajo, así como, brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias.

8.3. Relaciones con el Derecho Penal

El Derecho penal es la rama del derecho público que establece qué conductas humanas deben ser consideradas como delitos y faltas, así como, las penas a imponer a quienes incurran en las mismas, con la finalidad de prevenir y sancionar dichos comportamientos.

Encontramos relación entre el Derecho del trabajo y el Derecho penal en la tipificación como delitos de ciertas conductas que atentan contra bienes jurídicos laborales.

Las normas de carácter penal laboral, actualmente vigentes, son las siguientes:

El artículo 168.° del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1323, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de enero de 2017, que aumenta la pena por el delito de coacción antisindical así como incorpora también el artículo 168.°-B sobre trabajo forzoso al referido Código.

La Ley N.° 30924, publicada el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de marzo de 2019, que modifica los artículos 168.° - B y 195.° del Código Penal, incorporando, además, la pena de multa al delito de trabajo forzoso.

El Decreto de Urgencia N.° 044-2019, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de diciembre de 2019, que modifica el artículo 168.° - A del Código Penal, en relación al delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

8.4. Relaciones con el Derecho Internacional Público

El Derecho internacional público es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones entre los Estados y otros organismos reconocidos como sujetos de derecho internacional.

En materia laboral, además de los Estados, constituye sujeto de derecho por excelencia la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que, a través de sus convenios y recomendaciones, influye en la formación de la legislación de cada país, de tal manera que, cuando sus convenios son ratificados por los Estados, pasan a formar parte del derecho nacional.

8.5. Relaciones con el Derecho Internacional Privado

El Derecho internacional privado es aquella disciplina jurídica que establece las normas aplicables a las relaciones jurídicas internacionales surgidas entre particulares. El Derecho del Trabajo se vincula con el Derecho internacional privado para la solución de conflictos laborales surgidos entre particulares que se encuentran vinculados por una relación internacional de trabajo. Es importante señalar que, para calificar como internacional una relación jurídica laboral, el elemento extranjero debe ser relevante en la relación.

Esta vinculación entre ambas disciplinas se ha hecho más palpable en los últimos años con el aumento del movimiento migratorio de la fuerza laboral de un país a otro. Este derecho protege, también, el trabajo de los nacionales en el extranjero y el de los extranjeros fuera de su patria.

8.6. Relaciones con el Derecho Civil

El Derecho civil es la rama más importante del derecho privado, en razón que presenta dos características fundamentales: generalidad y supletoriedad. La primera, implica su aplicación a todo tipo de personas, mientras que la segunda, significa que sus normas rigen los casos no previstos por las leyes especiales.

Las relaciones del Derecho civil con el Derecho del Trabajo cobran especial importancia por su carácter supletorio, anteriormente señalado, en la medida que sus normas se aplican para regular aspectos no previstos por la legislación laboral, tal como es el caso de la regulación del contrato de trabajo en que las disposiciones del Código Civil, relativas a los elementos esenciales del contrato y a sus causales de nulidad y anulabilidad, son de plena aplicación en el contrato de trabajo.

Existen también otras instituciones del Derecho civil que han sido adoptadas por el Derecho laboral como: el concepto de convención, tanto en el ámbito individual como en el colectivo, la capacidad jurídica de las partes en una relación laboral, la responsabilidad civil contractual en los casos de contingencias laborales, entre otros.

8.7. Relaciones con el Derecho Comercial

El Derecho comercial es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad de los comerciantes, sea en forma individual u organizados en empresas, así como, los actos de comercio derivados de la actividad mercantil, los cuales pueden ser de escasa trascendencia o de un carácter masificado.

En muchos países, el Derecho comercial es un antecedente del Derecho del Trabajo, pues, los antiguos Códigos de Comercio contenían normas sobre los trabajadores al servicio de las empresas comerciales.

Las relaciones del Derecho del trabajo con el Derecho comercial se manifiestan no solo en el hecho que las leyes laborales son aplicables a los trabajadores de las empresas comerciales, sino también, en que las normas de carácter concursal tienen numerosas disposiciones relativas al reconocimiento y pago de beneficios económicos a favor de los trabajadores de las empresas fallidas.

Bibliografía

- DE DIEGO, Julián Arturo. (2004). Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 6a. edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. (1997). Iniciação ao Direito Do Trabalho. Sao Paulo: Editora Ltr.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (2001). Derecho del Trabajo, 21a. edición. Madrid: Tecnos.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. (1999). Derecho del Trabajo, 7ª. Edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Cáceres S.A.

CAPÍTULO III
LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. Introducción. 2. La clasificación de las fuentes del Derecho del Trabajo. 3. Clasificación de las fuentes del derecho del trabajo. 4. Las fuentes de origen estatal legisladas. 5. Las fuentes de origen estatal jurisprudenciales.6. Las fuentes cuyo origen es la realidad social o un ente no estatal. 7. Las fuentes internacionales.

1. INTRODUCCIÓN

La palabra fuente proviene de la voz latina *fontis*, que significa manantial de agua que brota de la tierra.

En sentido metafórico, fuente significa principio u origen de algo; es por ello, que en el campo del Derecho resulta acertada la afirmación de DU PASQUIER (1983) cuando nos dice "inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho" (p. 29).

Si seguimos este criterio, tendremos que las fuentes del Derecho del Trabajo son las maneras como ha surgido la norma jurídica laboral; sin embargo, quedarnos solamente en este concepto sería incompleto.

Buscando un concepto más amplio, podemos tomar como base la concepción de GUASTINI (2016) quien considera que el concepto de fuente no es univoco, admitiendo que pueden existir fuentes materiales y fuentes formales. Las primeras están constituidas por todo acto, que de hecho produce normas, esté o no autorizado a producirlas; las segundas son toda clase de actos que están

autorizados a producir normas, aun si por casualidad determinado acto carezca de contenido normativo (pp. 99-100).

Si trasladamos esta concepción al Derecho del Trabajo tendremos que las fuentes materiales serían las realidades sociales que hacen surgir el Derecho, mientras las formales, aquellas formas que toma en la realidad y que le permite ser invocado.

En el caso del Derecho del Trabajo, encontramos como fuentes materiales los factores sociales, como son las protestas laborales, las huelgas, las ideologías sindicales, los reclamos de reformas de los derechos laborales; estas situaciones sociales son canalizadas por el Estado y, en algún momento, llegan a convertirse en derecho.

De otro lado, encontramos que las fuentes formales son las maneras como el Derecho se manifiesta en la realidad, sea bajo la forma de Constitución, leyes, decretos, reglamentos, jurisprudencia, cuando su origen es estatal; pero, también de otras formas no estatales tales como contratos de trabajo, convenios colectivos, actas de acuerdos, costumbres, reglamentos patronales entre otros.

Si quisiéramos dar una noción de fuentes del Derecho del Trabajo, podemos decir que son todos aquellos acontecimientos que originan el surgimiento de esta disciplina jurídica, así como, las maneras como esta se manifiestan bajo la forma de algún tipo de norma jurídica, que puede ser estatal o no.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Podemos clasificar las fuentes del Derecho del Trabajo en fuentes sociológicas y fuentes formales.

Las fuentes sociológicas son todos aquellos factores de la realidad que originan el surgimiento de la norma jurídica, sobre todo la estatal. Así tenemos, las protestas laborales, las huelgas, las ideologías sindicales, los reclamos de reforma de la legislación laboral; estos hechos son canalizados por el Estado y, en algún momento, pueden llegar a convertirse en derecho.

Un claro ejemplo de este tipo de fuentes son las protestas de los trabajadores agroindustriales de los departamentos de Ica y La Libertad, a fines del año 2020 e inicios del 2021, que originaron la derogación de la injusta Ley N.° 27360, Ley de Promoción del Sector Agrario y su modificatoria el Decreto de Urgencia N.° 043-

2019, así como, la posterior promulgación de una norma más beneficiosa para los trabajadores del agro, como es la Ley N.° 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario y de Incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador y Agroindustrial.

Las fuentes formales, por su parte, son las maneras como el Derecho del Trabajo se manifiesta en la realidad, sea bajo la forma de Constitución, leyes, decretos, reglamentos, jurisprudencia, cuando su origen es estatal; pero también de otras formas no estatales, tales como contratos de trabajo, convenios colectivos, laudos arbitrales, actas de acuerdos, costumbres, reglamentos patronales, entre otras. Además, se deberá tener en cuenta los instrumentos internacionales de contenido laboral en los que el Estado peruano es parte.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA DOCTRINA NACIONAL

Los autores nacionales han establecido diversas clasificaciones de las fuentes del Derecho del Trabajo peruano. A continuación, presentaremos algunas que consideramos destacadas para luego presentar la nuestra.

3.1. Clasificación de Jorge Rendón Vásquez

RENDÓN (2007), doctor en Derecho y profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, señala que las fuentes formales del Derecho del Trabajo pueden ser clasificadas en: fuentes estatales, fuentes profesionales y fuentes internacionales.

Las fuentes estatales pueden originarse en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Las fuentes de origen legislativo son la Constitución y la ley.

Las fuentes de origen ejecutivo son los actos de normación, actos administrativos y actos de administración.

Los actos de normación, a su vez, pueden ser reglamentarios de las leyes, normativos no necesariamente reglamentarios de una ley, que se manifiestan a través de decretos supremos, y aprobatorios de medidas extraordinarias, expresados por los decretos de urgencia. Los actos administrativos son aquellos que resuelven peticiones o conflictos constituyendo lo que se denomina jurisprudencia administrativa. Los actos de administración son las decisiones relativas a la organización de la administración pública del trabajo.

Las fuentes de origen judicial están constituidas por las sentencias de los tribunales judiciales expedidas en última instancia a las que se denomina jurisprudencia. El autor citado no deja de considerar como jurisprudencia también las sentencias del Tribunal Constitucional.

Para el destacado profesor sanmarquino, las fuentes profesionales son las reglas jurídicas surgidas en forma directa e inmediata de las relaciones laborales, ya sea dentro de la empresa, de la vinculación entre trabajadores y empleadores o de las relaciones entre las entidades representativas de los trabajadores y de los patronos. Dentro de las fuentes profesionales, el autor citado, considera las convenciones colectivas, las costumbres y los usos, los estatutos de las organizaciones profesionales y los reglamentos de empresa.

Finalmente, el referido autor nos señala que las fuentes internacionales están conformadas por los tratados bilaterales y plurilaterales con contenido laboral y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (pp. 141-308).

3.2. Clasificación de Guillermo Boza Pro

BOZA (2011), doctor en Derecho y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, siguiendo un criterio de jerarquía, clasifica las fuentes del Derecho del Trabajo en cuatro niveles: constitucional, primario, secundario y terciario.

En el nivel constitucional, se ubica la Constitución, así como toda otra norma de jerarquía constitucional, como sería el caso de los tratados sobre derechos humanos.

En el nivel primario, posiciona a la ley y las demás normas con rango de ley, tal como es el caso de los decretos legislativos, decretos de urgencia, leyes regionales, ordenanzas municipales, tratados internacionales —no referidos a derechos humanos— y las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional una norma.

En el nivel secundario, ubica a los reglamentos (decretos supremos) y el resto de normas de carácter reglamentario, incluidas las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República anulatorias de normas reglamentarias recaídas en procesos de acción popular.

Por último, en el nivel terciario, se ubican las normas producto o relacionadas con la autonomía privada, tales como el convenio colectivo de trabajo, reglamento interno de trabajo y la costumbre (pp. 99-140).

3.3. Clasificación de Luz Pacheco Zerga

PACHECO (2020), doctora en Derecho y profesora de la Universidad de Piura, distingue dos clases de fuentes: las que son comunes a otras ramas del ordenamiento jurídico, emanadas del poder normativo del Estado y de las colectividades laborales, así como las emanadas del poder normativo de las partes sociales.

Las emanadas del poder estatal tienen una doble vertiente legislativa y reglamentaria, mientras que las emanadas del poder normativo de las colectividades laborales, se manifiestan a través de la norma no escrita: la costumbre.

Por otro lado, las fuentes emanadas del poder normativo de las partes sociales encuentran su máxima expresión en el convenio colectivo.

Agrega esta autora que, a los poderes normativos internos antes señalados, hay que sumar el poder ordenador de los entes supranacionales (Organización Internacional del Trabajo) y el poder de los Estados de suscribir tratados bilaterales y multilaterales.

La doctora Pacheco enumera como fuentes del Derecho del Trabajo las siguientes: la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, las sentencias del Tribunal Constitucional, los reglamentos de las leyes, las reglamentaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los convenios colectivos, el reglamento de seguridad y salud en el trabajo y el reglamento interno de trabajo, la jurisprudencia ordinaria y la costumbre (pp. 10-39).

3.4. Clasificación de Francisco Gómez Valdez

GÓMEZ (2015), destacado exprofesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, clasifica las fuentes del Derecho del Trabajo en: fuentes internas y fuentes internacionales.

Las fuentes internas pueden ser de origen positivo, fuentes de origen profesional y otras fuentes.

Para este autor, las fuentes de origen positivo son: la Constitución, la ley, los reglamentos; las fuentes de origen profesional: la negociación colectiva del trabajo, los usos y costumbres, el reglamento interno de trabajo y el laudo arbitral; y las otras fuentes son la jurisprudencia, la doctrina y la equidad.

En cuanto a las fuentes internacionales, estas son las relaciones internacionales de trabajo y el Derecho Internacional del Trabajo (pp. 56-65).

3.5. Nuestra clasificación de las fuentes del Derecho del Trabajo peruano

Por nuestra parte, consideramos que las fuentes formales del Derecho del Trabajo en el Perú pueden clasificarse de la siguiente manera: fuentes de origen estatal legisladas, fuentes de origen estatal jurisprudenciales, fuentes de origen social, fuentes de origen profesional, fuentes de origen académico y fuentes de origen internacional.

En los numerales siguientes, desarrollaremos nuestra clasificación utilizando las opiniones doctrinarias de autores nacionales en los casos que sea necesario auxiliarnos con las mismas.

4. LAS FUENTES DE ORIGEN ESTATAL LEGISLADAS

Son aquellas que nacen de una decisión de un órgano del Estado que tiene facultad para emitirlas, para la validez de estas fuentes es requisito indispensable la competencia del órgano que la emite. Estas fuentes son escritas y dictadas por los órganos constitucionalmente competentes para ello. A continuación, haremos un breve comentario de cada una de ellas.

4.1. La Constitución

Como norma jurídica, la Constitución es fuente de derecho, pues contiene las disposiciones fundamentales en que se sustenta el ordenamiento jurídico de un país, constituyendo, no solo un catálogo de derechos y obligaciones de las personas, sino, también, la estructura jurídica sobre la que se organiza y funciona el Estado, no pudiendo sus disposiciones ser objeto de contradicción por norma alguna.

Como fuente de derecho, el Tribunal Constitucional considera que la Constitución "... constituye el fundamento de todo el orden jurídico y la más importante fuente normativa" (fundamento 10, Expediente N.° 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006).

La Constitución de 1993 resulta ser una fuente directa del Derecho del Trabajo y se ocupa del trabajo de tres maneras: resaltando su papel en el contexto socioeconómico del país, regulando derechos laborales y consagrando principios de Derecho del Trabajo.

Reconoce al trabajo como un factor de importancia para el desarrollo socioeconómico del país, considerándolo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22.°); como consecuencia de ello, se establece la obligación estatal de proteger al trabajo en sus distintas modalidades (artículo 23.°).

La Constitución de 1993 también constituye un catálogo de derechos laborales. Respecto de los derechos individuales se legisla sobre las remuneraciones (artículo 24.°), jornada de trabajo (artículo 25.°, primer párrafo), descansos remunerados (artículo 25.°, segundo párrafo), protección frente al despido arbitrario (artículo 27.°) y participación en las utilidades (artículo 29.°). En materia de derechos colectivos, la sindicación, negociación colectiva y la huelga son materia de reconocimiento por el texto constitucional (artículo 28.°).

Finalmente, la Carta Magna vigente también consagra algunos principios del Derecho del Trabajo como son el de no discriminación (artículo 26.°, inciso 1), el de irrenunciabilidad (artículo 26.°, inciso 2) y el *indubio pro operario* (artículo 26.°, inciso 3).

4.2. La ley y las normas de jerarquía equivalente

Dentro de este grupo encontramos la ley, la resolución legislativa, el decreto legislativo, el decreto ley, el decreto de urgencia y la resolución legislativa.

La ley: según el Tribunal Constitucional, las leyes "pueden definirse como las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución" (fundamento 16, Exp. n.° 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006).

La ley constituye una de las más importantes fuentes del Derecho, en general, y del Derecho del Trabajo, en especial, pues muchos de los derechos laborales más importantes han sido reconocidos mediante leyes.

La resolución legislativa: son conocidas también en la doctrina como leyes formales.

El Tribunal Constitucional las define diciendo que "se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley"; continúa precisando que "tienen rango de ley porque el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución y el artículo 4 del Reglamento del Congreso le confieren una jerarquía homóloga a la ley" (fundamento 17, Exp. 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006).

En materia de Derecho del Trabajo, las resoluciones legislativas cobran especial importancia, pues a través de ellas se aprueban los tratados internacionales con contenido laboral y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por el Perú.

El decreto legislativo: no obstante que la función legislativa es competencia del Poder Legislativo, el artículo 104.° de la Constitución Política del Estado permite que el Poder Ejecutivo, previa autorización del Congreso, asuma funciones legislativas y expida normas con categoría de ley, denominadas decretos legislativos.

Según el Tribunal Constitucional, "el decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación" (fundamento 25, Exp. 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006).

Al igual que las leyes, el decreto legislativo tiene como limitantes su conformidad con la Constitución y con la ley que autoriza su expedición.

Debemos resaltar que, en la década de los noventa, se dictaron numerosos decretos legislativos regulando derechos individuales, muchos de los cuales se encuentran vigentes actualmente.

El decreto ley: es una norma jurídica con fuerza de ley que dicta el Poder Ejecutivo durante períodos en que el orden constitucional es interrumpido y se suspende el funcionamiento el Poder Legislativo.

Si bien esta clase de dispositivos actualmente son escasos en razón de la continuidad democrática en que ha vivido nuestro país a partir de 1980, durante la interrupción del orden constitucional, desde el 05 de abril de 1992 al 31 de diciembre del mismo año, se dictaron numerosos decretos leyes, algunos de ellos con incidencia en el Derecho del Trabajo, como fue el caso del Decreto Ley n.°

25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el cual, actualmente, ha sufrido numerosas modificaciones.

El decreto de urgencia: es una norma con fuerza de ley que dicta el presidente de la República en materia económica y financiera en uso de las facultades que le confiere el inciso 19 del artículo 118.° de la Constitución.

La expedición de esta clase de normas se encuentra condicionada a la existencia de situaciones extraordinarias. Los decretos de urgencia son una fuente importante en el Derecho del Empleo Público.

4.3. Los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo

En el Perú, los reglamentos ejecutivos son dictados por el presidente de la República en uso de la facultad que le confiere el inciso 8 del artículo 118.° de la Constitución; sin embargo, al ejercer esta facultad reglamentaria, debe hacerlo sin transgredir ni desnaturalizar la ley que es objeto de reglamentación.

Los reglamentos se manifiestan, por lo general, a través de decretos supremos, pudiendo ser reglamentarios de una ley o autónomos cuando no tienen tal finalidad.

En materia de Derecho del Trabajo, al igual que en otras ramas del Derecho, nuestro ordenamiento legislativo privilegia a los decretos supremos como las normas reglamentarias por excelencia, teniendo muchos derechos laborales su origen solamente en normas reglamentarias. Sin embargo, en el ámbito laboral, no son pocos los casos en los que ciertas disposiciones reglamentarias han sido aprobadas mediante resoluciones ministeriales.

4.4. Los actos administrativos de carácter general

Se manifiestan a través de resoluciones ministeriales, directorales, subdirectorales e, incluso, directivas, emitidas por las distintas instancias administrativas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil). Para que dichos actos administrativos puedan constituir fuente de derecho deben tener carácter general.

Opinamos que, dentro de este rubro, se incluyen, también, las resoluciones emitidas por los tribunales administrativos resolviendo controversias laborales

o previsionales, llamada jurisprudencia administrativa. Actualmente, estos tribunales administrativos son los siguientes:

El Tribunal de Fiscalización Laboral, creado por la Ley N.° 29981 y reglamentado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-TR. De acuerdo con el artículo 3.°, literal b de la norma reglamentaria, este Tribunal puede expedir resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan, de modo expreso y con carácter general, el sentido de la legislación bajo su competencia para el sistema.

El **Tribunal Administrativo Previsional**, creado por la Octogésima Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30114, Ley del Presupuesto para el año 2014, y reglamentado por el Decreto Supremo N.° 385-2015-EF, es el órgano resolutivo de funcionamiento permanente con competencia de alcance nacional, encargado de resolver, en última instancia administrativa, las controversias que versen sobre los derechos y obligaciones previsionales de los regímenes a cargo del Estado de los Decretos Leyes N.os 18846, 19990 y 20530, y la Ley N.° 30003, así como otros regímenes previsionales a cargo del Estado que sean administrados por la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

El Tribunal del Servicio Civil, creado por el Decreto Legislativo N.° 1023, reglamentado por Decreto Supremo N.° 008-2010-PCM, modificado por el Decreto Supremo N.° 138-2013-PCM, es el órgano colegiado integrante de Servir, que tiene a su cargo la solución de las controversias individuales que se presenten entre las entidades y las personas a su servicio al interior del sistema, respecto de las materias propias de sus competencias.

5. LAS FUENTES DE ORIGEN ESTATAL JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Constitucional sostiene que "[...] en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente" (Expediente N.° 047-2004-AJ/TC, fundamento 34).

5.1. Las decisiones del Poder Judicial

Las decisiones del Poder Judicial en materia laboral pueden adoptar las modalidades siguientes: precedentes judiciales vinculantes, doctrina jurisprudencial y acuerdos plenarios.

5.1.1. Los precedentes judiciales vinculantes

De acuerdo con el artículo 40.° de la Ley n.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, este tipo de fuente tiene su origen en los fallos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en un pleno casatorio de jueces supremos, con la finalidad de emitir una sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

Este acuerdo debe ser tomado por la mayoría absoluta de los magistrados que acuden al pleno casatorio y lo decidido tiene fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificado por otro precedente.

Debemos recordar al lector que, hasta la fecha de redacción de esta investigación, no se ha celebrado ningún pleno casatorio supremo en materia laboral, por lo que, podemos afirmar que en la práctica no existen.

5.1.2. La doctrina jurisprudencial

El artículo 22.° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a emitir ejecutorias fijando principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

Actualmente, las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, ante la falta de precedentes judiciales vinculantes, han recurrido a la doctrina jurisprudencial para establecer criterios en materia laboral de obligatorio cumplimiento.

El mismo texto legal antes citado autoriza que, por excepción, los jueces puedan apartarse de la doctrina jurisprudencial, siempre que motiven adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Tanto los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República que establecen la doctrina jurisprudencial como aquellos por los cuales se produce un apartamiento deben ser publicados en el *Diario Oficial El Peruano.*

5.1.3. Los acuerdos plenarios

Son decisiones en abstracto que toman las Salas Especializadas a fin de concordar la jurisprudencia de su especialidad respecto a determinado tema, con

arreglo a lo previsto en el artículo 116.° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La importancia de los acuerdos plenarios radica en que contribuyen a la uniformización de criterios y la predictibilidad de los mismos, lo que, a la vez, nos permite contar con una justicia más confiable.

5.2. Las sentencias del Tribunal Constitucional

La jurisprudencia constitucional ha sido definida por el propio Tribunal Constitucional en los términos siguientes: "La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad" (Exp. 0024-2003-AI/TC).

Las sentencias del Tribunal Constitucional que resultan de importancia como fuentes del Derecho del Trabajo son: las sentencias de inconstitucionalidad y los precedentes vinculantes.

5.2.1. Las sentencias de inconstitucionalidad

Dentro de este rubro consideramos las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en procesos de inconstitucionalidad, que declaran fundada o infundada una demanda.

La sentencia del Tribunal Constitucional más importante en materia laboral es la expedida en el Expediente n.° 008-2005-PI/TC LIMA, del 12 de agosto de 2005, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Juan José Gorriti y otros, contra la Ley n.° 28175, Ley Marco del Empleo Público. La demanda fue declarada infundada, pero el supremo intérprete de la Constitución aprovechó la oportunidad para desarrollar ampliamente el marco constitucional del régimen del trabajo.

5.2.2. Los precedentes constitucionales

El precedente constitucional puede definirse como aquella sentencia por medio de la cual, el Tribunal Constitucional, a partir de la resolución de un caso concreto, impone a los demás órganos del Estado su criterio de interpretación de la Constitución y la ley.

Este criterio obliga a que casos futuros sean resueltos en determinado sentido, pues ningún poder del Estado ni terceros pueden dejar de cumplir el precedente.

En materia de Derecho del Trabajo, tanto sustantivo como adjetivo, existen numerosos precedentes que son aplicados en las relaciones laborales, los cuales, al momento de redacción de este libro eran los siguientes:

1. STC N.° 2616-2004-AC, Caso Amado Nelson Santillán Tuesta: Relativo a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94.
2. STC N.° 4635-2004-PA, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala: Relativo a la jornada laboral de los trabajadores mineros.
3. STC N.° 0206-2005-PA, Caso César Baylón Flores: Relativo a la procedencia del amparo en materia laboral y regulación de competencia para conflictos laborales de trabajadores sujetos al régimen laboral público o régimen laboral privado.
4. STC N.° 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández: Relativo a procedencia del amparo en materia pensionaria como medio de protección del derecho fundamental a la pensión.
5. STC N.° 5189-2005-PA/TC, Caso Jacinto Gabriel Angulo: Relativo a pensión mínima o inicial regulada por la Ley N° 23908.
6. STC N.° 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino: Relativo a la pensión vitalicia y pensión de invalidez por enfermedad profesional.
7. STC N.° 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera: Relativo a la pensión vitalicia y pensión de invalidez por enfermedad profesional. Decreto Ley N.° 18846 y Ley N.° 26790.
8. STC N.° 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma: Relativo al pago de devengados e intereses por pensiones de jubilación.
9. STC N.° 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas: Relativo a la libre desafiliación de las AFPs.
10. STC N.° 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos: Relativo al Bono de reconocimiento otorgado por la ONP.

11. STC N.° 02513-2007-AA/TC, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández: Relativo a pensión vitalicia y pensión de invalidez unifica criterios contenidos en los precedentes vinculantes, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA, 10063-2006-PA y 00061-2008-PA.
12. STC N.° 04650-2007-PA/TC, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Suboficiales de la Policía Nacional del Perú Santa Rosa de Lima: Relativo al amparo contra amparo, establece que es improcedente en forma liminar la demanda de amparo, si al momento de interponerse la misma el juez constata que no se ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo.
13. STC N.° 4762-2007-AA. Caso Alejandro Tarazona Valverde: Relativo a la acreditación de aportaciones previsionales.
14. STC N.° 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional: Relativo al arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. N.° 003-98-SA sobre Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
15. STC N.° 03052-2009-PA/TC, Caso de Yolanda Lara: Relativo al cobro de beneficios sociales, establece que el cobro de los beneficios sociales no impide al trabajador demandar la reposición en la vía de amparo.
16. STC N.° 02383-2013-PA/TC caso Elgo Ríos Núñez: Relativo a cuando acudir a la vía ordinaria para la tutela de derechos.
17. STC N.° 00799-2014-PA/TC caso Flores Callo: Relativo al valor probatorio de los informes médicos emitidos por comisiones calificadas de incapacidad del Ministerio de Salud y de EsSalud.
18. STC N.° 02677-2016-PA/TC, caso Carrillo Espejo: Relativo al pago en exceso de pensiones.

De acuerdo con el último párrafo del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces interpretan y aplican las leyes y normas con jerarquía de ley, así como, las disposiciones reglamentarias según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

6. FUENTES CUYO ORIGEN ES LA REALIDAD SOCIAL

Estas fuentes, en algunos casos, surgen de prácticas sociales en determinada rama de actividad laboral o centro de trabajo. Dentro de esta fuente, encontramos la costumbre y los usos laborales.

6.1. La costumbre

La costumbre puede definirse como un modo de comportamiento practicado a través del tiempo de una manera uniforme por determinado grupo social, el cual considera su acatamiento como obligatorio y que su incumplimiento debe ser sancionado.

En cuanto fuente del derecho, la costumbre presenta dos elementos: uno objetivo o material, constituido por la observación general de la regla y su práctica constante, y otro subjetivo o espiritual constituido por la conciencia de su obligatoriedad, llamada la *opinio necessitatis*.

Con respecto a la ley, las costumbres pueden ser: *secundum legem*, si están de acuerdo a la ley y la complementan; *praeter legem*, si están fuera de la ley, pero no la contradicen; y *contra legem*, cuando contradicen la ley.

La costumbre laboral puede cumplir las funciones siguientes: a) de supletoriedad frente a vacíos o deficiencias de la legislación laboral; y b) de generación de derechos, ya que puede establecer condiciones más favorables al trabajador que las previstas en la ley.

Un ejemplo de aplicación de la costumbre laboral lo encontramos en la Casación Laboral n.° 727-2011, del 9 de diciembre de 2011, en la cual se establece que el trabajador podrá exigir el otorgamiento de determinado beneficio laboral invocando como fuente del mismo la costumbre, si lo ha percibido durante dos años consecutivos.

6.2. Los usos laborales

A diferencia de la costumbre laboral, que tiene generalidad y amplitud, los usos son prácticas repetitivas que se presentan, por lo general, en un centro de trabajo o un área del mismo, diríamos que "son una forma de hacer las cosas". Estas prácticas laborales pueden constituir fuente de derecho cuando, invocadas en un caso concreto, resulten favorables al trabajador.

7. FUENTES DE ORIGEN PROFESIONAL

Son aquellas que nacen de los acuerdos entre los trabajadores y los empleadores, de decisiones unilaterales de la parte patronal.

Estas fuentes son: el convenio colectivo, el laudo arbitral, el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo y el reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo.

7.1. El convenio colectivo

Conjuntamente con la legislación, el convenio colectivo es, quizás, una de las más importantes fuentes del Derecho del Trabajo.

Según el Tribunal Constitucional, al convenio colectivo "se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales" (fundamento 29, Exp. n.° 008-2005-PI/TC,12 de agosto de 2005).

Por nuestra parte, siguiendo el criterio contenido en el artículo 41.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo n.° 010-2003-TR, definimos la convención colectiva, llamada también convenio colectivo o contrato colectivo, como todo acuerdo relativo a remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad, u otros aspectos relativos al empleo, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales, o en ausencia de estas, por representantes de los trabajadores interesados expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.

Las cláusulas del convenio colectivo no deben ser consideradas como las de un simple contrato o una manifestación unilateral de voluntad, según sea el caso, muy por el contrario, el convenio colectivo es un acuerdo que crea derecho, que contiene cláusulas generales que se aplican a los partícipes de la misma e, incluso, a quienes con posterioridad ingresen a la relación laboral, se podría decir que son semejantes a una ley para el caso concreto.

La convención colectiva constituye una fuente del Derecho del Trabajo que ha alcanzado reconocimiento constitucional en el inciso 2 del artículo 26.° de nuestra Carta Magna, el cual, establece que "la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado".

7.2. Los laudos arbitrales económicos

El laudo es la resolución que emiten los árbitros dentro de un procedimiento arbitral poniendo fin a la controversia.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los laudos arbitrales constituyen una fuente de derecho que tiene respaldo constitucional, al estar reconocida la jurisdicción arbitral en el inciso 1 del artículo 139.° de la Constitución Política de 1993.

Los laudos arbitrales que resuelven conflictos económicos son una fuente de derecho, porque van a tener un efecto semejante a un convenio colectivo, regulando, con carácter general, muchos aspectos de la relación de trabajo y haciendo nacer nuevos derechos.

Distinta es la calidad de fuente de los laudos arbitrales que resuelven conflictos jurídicos, en este caso, su invocación solo puede hacerse por aquellas partes que se sometieron al mismo, siendo sus efectos similares a los derivados de un contrato individual de trabajo.

7.3. El contrato individual de trabajo

El contrato de trabajo es un acuerdo entre el trabajador y el empleador, por el cual el primero se obliga a prestarle sus servicios personales en relación de subordinación, mientras que el segundo se compromete al pago de una remuneración.

En cuanto fuente de derecho, el contrato individual de trabajo presenta dos características: en primer lugar, tiene carácter residual, pues la gran mayoría de derechos y obligaciones laborales se encuentran contenidos en la legislación, las convenciones colectivas y otras fuentes de derecho; y, en segundo lugar, tiene el carácter de contrato de adhesión, en la medida que su contenido está predeterminado por la legislación y los convenios colectivos que, por lo general, consagran derechos indisponibles que casi no dejan espacio para que las partes hagan uso de la autonomía de la voluntad.

Resulta importante resaltar que el artículo 62.° de la Constitución garantiza que los contratos, al igual que las convenciones colectivas, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Por tal motivo, afirmamos que toda ley o norma estatal que obligue a un empleador privado a la

renovación de contratos es inconstitucional, aun cuando la intención del legislador sea loable, como es el caso de proteger a determinado sector de trabajadores.

7.4. Los reglamentos del empleador

El empleador, en uso de su poder de dirección, está facultado a expedir reglamentos, los mismos que no deben estar en contradicción con las disposiciones legales.

Los principales reglamentos del empleador son: el reglamento interno de trabajo y el reglamento de seguridad y seguridad en el trabajo.

7.4.1. El Reglamento interno de trabajo

El reglamento interno de trabajo constituye una fuente del Derecho del Trabajo emanada de la voluntad unilateral del empleador quien, en uso del poder de dirección, establece un conjunto de normas destinadas a regular las obligaciones y derechos de los trabajadores al interior de la empresa.

En el Perú, según el artículo 3.° del Decreto Supremo n.° 039-91-TR, del 30 de diciembre de 1991, están obligados a contar con reglamento interno de trabajo los empleadores que tengan a su servicio más de cien (100) trabajadores.

El artículo 2.° del citado Decreto Supremo establece que el reglamento interno de trabajo debe contener las principales disposiciones que regulan las relaciones laborales, entre las que cabe mencionar: a) admisión o ingreso de trabajadores; b) jornadas y horarios de trabajo, tiempo de la alimentación principal; c) normas de control de asistencia al trabajo; d) normas de permanencia en el puesto conteniendo: permisos, licencias e inasistencias; e) modalidad de los descansos semanales; f) derechos y obligaciones del empleador; g) derechos y obligaciones del trabajador; h) normas tendientes al fomento y mantenimiento de la armonía entre trabajadores y empleadores; i) medidas disciplinarias; j) persona o dependencia encargada de atender los asuntos laborales y la tramitación de los mismos; k) normas elementales para cautelar la higiene y seguridad en el trabajo, indicaciones para evitar accidentes u otros riesgos profesionales, así como las instrucciones respectivas para prestar primeros auxilios; y l) las demás disposiciones que se considere convenientes de acuerdo a la actividad de la empresa.

7.4.2. El reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo

De conformidad con el artículo 34.° de la Ley n.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y el artículo 74.° de su Reglamento, Decreto Supremo n.° 005-2012-TR, los empleadores que cuenten con más de veinte (20) trabajadores deben elaborar su Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Este reglamento es aprobado por el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo de cada empresa y constituye una fuente de derecho, pues contiene disposiciones orientadas a garantizar la seguridad e integridad física de los trabajadores que pueden ser invocadas por la parte laboral.

8. LAS FUENTES DE ORIGEN ACADÉMICO

Estas fuentes son producto del quehacer intelectual de los estudiosos del Derecho del Trabajo. Pueden adoptar dos formas: la doctrina y los principios.

8.1. La doctrina

La doctrina puede definirse como el conjunto de opiniones emitidas por los estudiosos del Derecho, especialmente de quienes tienen reconocida calidad para hacerlo, con la finalidad de interpretar y facilitar la aplicación de las normas jurídicas.

RUBIO (2009) considera que "la fuerza de la doctrina como fuente del Derecho depende de la tensión *concordancia - discrepancia* entre los autores"; ello, "en el sentido de que su fuerza está en razón directa a la concordancia de opiniones y, a la vez, en razón inversa a la discrepancia" (p. 201).

Debido a que la doctrina carece de la jerarquía y obligatoriedad que tienen otras fuentes, algunos autores sostienen que no es una verdadera fuente del derecho. Sin embargo, al margen de esta discusión, la opinión es casi unánime en reconocer su importancia para orientar la labor de los legisladores y de los jueces.

El Tribunal Constitucional, si bien considera que la doctrina no es una fuente que derive de la Constitución, reconoce su importancia como fuente de derecho cuando sostiene que:

Dicha fuente se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose

en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal. (fundamento 45, Exp. N.° 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006)

8.2. Los Principios del Derecho del trabajo

Los principios del Derecho del Trabajo pueden definirse como aquellos conceptos de naturaleza general que inspiran y orientan la creación, la interpretación y la aplicación de las normas laborales.

No existe unanimidad entre los autores respecto de cuáles son los principios del Derecho del Trabajo. Sin embargo, siguiendo a Pasco Cosmópolis (2004), asumiremos los enumerados por Américo Plá, "no sólo por el indudable rigor de su pensamiento y la profundidad de su obra, sino por haber recibido la máxima aceptación académica y docente" (p. 25).

En consecuencia, los principios del Derecho del Trabajo aceptados mayoritariamente por la doctrina son: principio protector, principio de igualdad, principio de irrenunciabilidad, principio de primacía de la realidad, principio de continuidad, principio de razonabilidad, principio de buena fe y principio de no discriminación.

El tema de los principios del Derecho del trabajo los trataremos con mayor extensión en el capítulo siguiente de este texto.

9. LAS FUENTES INTERNACIONALES

En el marco internacional las fuentes del Derecho del Trabajo son: los tratados y las sentencias internacionales.

9.1. Los tratados

El Tribunal Constitucional ha definido los tratados en los términos siguientes:

Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir entre Estados, organizaciones internacionales, o entre éstos y aquellos. (fundamento 18, Exp. n.° 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006)

El artículo 55.° de la Constitución establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

9.1.1. Los tratados bilaterales y multilaterales

Las relaciones comerciales entre los Estados, muchas veces, llevan al desplazamiento de trabajadores entre los mismos o en otros casos buscan evitar el "dumping social" a través de la explotación de la mano de obra con bajos salarios y deficientes condiciones de trabajo en uno de ellos. No resulta novedoso que, actualmente, muchos tratados internacionales consignen disposiciones de carácter laboral que constituyen fuente de derecho invocable por los trabajadores comprendidos en ellos.

Una clase especial de tratados son los relativos a derechos humanos, a los cuales la doctrina les otorga rango constitucional.

En la mayoría de tratados internacionales sobre derechos humanos encontramos que, de una manera genérica, se reconocen importantes derechos laborales, cabe mencionar, a manera de ejemplo, tratados que contienen disposiciones relacionadas con el trabajo: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1952), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1988) y Declaración de Derechos del Niño (1989).

9.1.2. Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo

En materia laboral, sin lugar a dudas, los instrumentos internacionales más importantes son los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Los convenios son tratados internacionales en materia de trabajo y seguridad social que cada Estado miembro puede firmar y ratificar, quedando, a partir de ese momento, obligado a su cumplimiento.

La OIT también aprueba recomendaciones que son acuerdos no obligatorios y constituyen una referencia a partir de las cuales los países son estimulados a basar su política, legislación y prácticas laborales.

Además, la OIT también emite declaraciones y resoluciones.

Las declaraciones son resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo utilizadas para hacer una declaración formal y autoritativa, refirmando ciertos principios y valores de la OIT.

Las resoluciones son decisiones que abarcan instrumentos de política social de variados orígenes.

Es necesario precisar, que los derechos reconocidos por los instrumentos de la OIT deben ser entendidos como derechos mínimos, los que pueden ser mejorados por los Estados que los han ratificado.

9.2. Las sentencias internacionales

Son aquellas sentencias emitidas por los tribunales internacionales constituidos según los tratados en los que el Perú es parte, tal como es el caso de las sentencias en materia laboral dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Actualmente, las sentencias de la Corte Internacional de Derechos Humanos, con contenido laboral o pensionario, en los que ha sido demandado el Perú, son las siguientes:

1. Caso Magistrados del Tribunal Constitucional VS Perú, sentencia de 31 de enero de 2001.
2. Caso 5 pensionistas VS Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003.
3. Caso Acevedo Jaramillo (ESMLL) VS Perú, sentencia de 7 de febrero de 2006.
4. Caso Trabajadores cesados del Congreso VS Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.
5. Caso Acevedo Buendía (Cesantes de la Contraloría) VS Perú, sentencia 1 de julio de 2009.
6. Caso de trabajadores cesados de Petroperú VS Perú, sentencia de 23 de noviembre de 2017

7. Caso Lagos del Campo VS Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017.
8. Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (Femapor) VS Perú, sentencia del 01 de febrero de 2022.

Al momento de elaboración de este texto los Convenios de la OIT ratificados por el Perú eran los siguientes:

N°	Número de Convenio	Referencia	Ratificación y/o Denuncia	Fecha de Registro
1	1	Sobre horas de trabajo (Industria)	Res. Leg. N° 10195	08/NOV/1945
2	4	Sobre trabajo nocturno (Mujeres) Denunciado por el Estado Peruano	Denunciado	05/FEB/1997
3	8	Sobre indemnizaciones de desempleo (Naufragio)	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
4	9	Sobre colocación de la gente de mar	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
5	10	Sobre edad mínima (Agricultura)	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960
6	11	Sobre derecho de asociación (Agricultura)	Res. Leg. N° 10195	08/NOV/1945
7	12	Sobre Indemnización por accidentes de trabajo (Agricultura)	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
8	14	Sobre descanso semanal (Industria)	Res. Leg. N° 10195	08/NOV/1945
9	19	Sobre igualdad de trato (Accidentes de trabajo)	Res. Leg. N° 10195	08/NOV/1945
10	20	Sobre el trabajo nocturno (Panaderías) Denunciado por el Estado Peruano	Denunciado	18/JUN/1996
11	22	Sobre contrato de enrolamiento de la gente de mar	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
12	23	Sobre la repatriación de la gente de mar	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
13	24	Sobre seguro de enfermedad (Industria)	Res. Leg. N° 10195	08/NOV/1945
14	25	Sobre seguro de enfermedad (Agricultura)	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960
15	26	Sobre métodos para la fijación de salarios mínimos	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
16	27	Sobre Indicación del peso en los fardos transportados por barco	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
17	29	Sobre trabajo forzoso	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960

Nº	Número de Convenio	Referencia	Ratificación y/o Denuncia	Fecha de Registro
18	32	Sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes.	Denunciado	19/ABR/1988
19	35	Sobre seguro de vejez (Industria)	Res. Leg. Nº 10195	08/NOV/1945
20	36	Sobre seguro de vejez (Agricultura)	Res. Leg. Nº 13284	01/FEB/1960
21	37	Sobre seguro de invalidez (Industria)	Res. Leg. Nº 10195	08/NOV/1945
22	38	Sobre seguro de invalidez (Agricultura)	Res. Leg. Nº 13284	01/FEB/1960
23	39	Sobre seguro de muerte (Industria, etc.,)	Res. Leg. Nº 10195	08/NOV/1945
24	40	Sobre seguro de muerte (Agricultura)	Res. Leg. Nº 13284	01/FEB/1960
25	41	Sobre el trabajo nocturno (Mujeres). Denunciado por el Estado Peruano	Denunciado	13/ENE/1997
26	44	Sobre desempleo	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
27	45	Sobre trabajo subterráneo (Mujeres) Denunciado por el Estado Peruano	Denunciado	09/JUN/1997
28	52	Sobre vacaciones pagadas	Res. Leg. Nº 13284	01/FEB/1960
29	53	Sobre certificados de capacidad de los oficiales	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
30	55	Sobre obligac. del armador en caso de enfer. o accid. de la gente de mar	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
31	56	Sobre seguro de enfermedad de la gente de mar	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
32	58	(revisado) Sobre edad mínima (Trabajo marítimo)	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
33	58	revisado) Sobre edad mínima (Industria)	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
34	62	Sobre prescripciones de seguridad (Edificación)	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
35	67	Sobre las horas de trabajo y descanso en el transporte por carretera	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
36	68	Sobre alimentacion y el servicio de fonda (Tripulantes de buques)	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
37	69	Sobre certificado de aptitud de los cocineros de buque	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
38	70	Sobre la seguridad social de la gente de mar	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962
39	71	Sobre pensiones de la gente de mar	Res. Leg. Nº 14033	04/ABR/1962

N°	Número de Convenio	Referencia	Ratificación y/o Denuncia	Fecha de Registro
40	73	Sobre exámen médico de la gente de mar	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
41	77	Sobre exámen médico de los menores (Industria)	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
42	78	Sobre examen médico de los menores (Trabajos no industriales)	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
43	79	Sobre trabajo nocturnos de los menores (Trabajos no industriales)	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
44	80	Sobre revisión de los artículos finales	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
45	81	Sobre inspección del trabajo	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960
46	87	Sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación	Res. Leg. N° 13281	02/MAR/1960
47	88	Sobre servicio del empleo	Res. Leg. N° 14007	06/ABR/1962
48	90	Sobre trabajo nocturno de los menores (Industria)	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
49	98	Sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva	Res. Leg. N° 14712	13/MAR/1964
50	99	Sobre métodos para la fijación de los salarios mínimos (Agricultura)	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960
51	100	Sobre igualdad de remuneración	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960
52	101	Sobre igualdad de remuneración	Res. Leg. N° 13284	01/FEB/1960
53	102	Sobre seguridad social (Norma mínima)	Res. Leg. N° 13284	23/AGO/1961
54	105	Sobre abolición del trabajo forzoso	Res. Leg. N° 13467	06/DIC/1960
55	106	Sobre descanso semanal (Comercio y oficinas)	Res. Leg. N° 24822	11/JUL/1988
56	107	Sobre poblaciones indígenas y tribales. Denunciado por el Estado Peruano	Denunciado	02/FEB/1994
57	111	Sobre discriminación (Empleo y ocupación)	Res. Leg. N° 17687	10/AGOS/1970
58	112	Sobre edad mínima (Pescadores	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
59	113	Sobre examen médico de los pescadores	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
60	114	Sobre contrato de enrolamiento de los pescadores	Res. Leg. N° 14033	04/ABR/1962
61	122	Sobre política del empleo	Res. Leg. N° 16388	27/JUL/1967
62	139	Sobre cáncer profesional	Res. Leg. N° 21601	16/NOV/1976

N°	Número de Convenio	Referencia	Ratificación y/o Denuncia	Fecha de Registro
63	151	Sobre relaciones de trabajo en la administración pública	17a. Disp. Gral. Transit/ Constit.-1979	27/OCT/1980
64	152	Sobre seguridad e higiene (Trabajos portuarios)	Res. Leg. N° 24668	19/ABR/1988
65	156	Sobre trabajadores con responsabilidades familiares	Ley N° 24508	16/JUN/1986
66	159	Sobre readaptación profesional y empleo (Personas inválidas)	Ley N° 24509	16/JUN/1986
67	169	Sobre pueblos indígenas y tribales	Res. Leg. N° 26253	02/FEB/1994
68	147	Sobre la marina mercante (normas mínimas) (*)	D. S. N° 12-2001-RE	15/FEB/2001
69	138	Sobre la edad mínima de admisión al empleo (*)	D.S N°38-2001-RE	30-may-01
70	182	Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil	D. S. N° 87-2001-RE	30/NOV/2001
71	189	Convenio sobre trabajadores y trabajadoras domésticos	R.L.No.30811	26/NOV/2018

Fuente: OIT

Bibliografía

Libros

- BOZA PRO, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo* (1.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7ª. Edición. Bogotá: Editorial Temis.
- DU PASQUIER, Claude. (1983). Introducción al Derecho, 3ª. Edición. Lima: Ediciones Justo Valenzuela EIRL.
- Gómez Valdez, F. (2015). *Derecho del Trabajo Individual. Relaciones Individuales de Trabajo* (4.ª ed.). Editorial San Marcos.
- GUASTINI, Ricardo. (2016). Las Fuentes del Derecho, Fundamentos Teóricos. Lima: Editorial Cientifica Peruana SAC.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (2001). Derecho del Trabajo, 21ª. Edición. Madrid: Tecnos.

- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2007). Derecho del Trabajo. Teoría General I, 2ª. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- RUBIO CORREA, Marcial. (2009). El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho, 10ª. Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Revistas

- Pacheco Zerga, L. (2020). Las Fuentes del Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, (21), 11-39.

CAPÍTULO IV
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Clasificación. 4. Recepción normativa de los principios. 5. Enumeración. 6. El principio protector. 7. El principio de igualdad. 8. El principio de irrenunciabilidad. 9. El principio de primacía de la realidad. 10. El principio de continuidad. 11. Principio de razonabilidad. 12. Principio de buena fe. 13. Principio de no discriminación.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de los principios del Derecho del Trabajo constituye uno de los campos donde se puede apreciar con mayor riqueza la filosofía de la doctrina laboralista.

Hablar de los principios del Derecho del Trabajo es referirnos a la luz que ilumina a los operadores jurídicos laborales: el legislador, el juez, el docente universitario, el funcionario administrativo de trabajo, el abogado litigante, los dirigentes sindicalistas, los jefes de recursos humanos entre otros muchos; que recurren a los principios al momento crear, interpretar o aplicar las normas laborales.

Los principios constituyen pilares ideológicos en que se sustenta el Derecho Laboral, por eso, frente a las corrientes flexibilizadoras en boga, coincidimos con PASCO (2004) cuando sostiene que: "Los principios del derecho laboral deben ser reafirmados en dos niveles o desde dos perspectivas: por un lado, ratificando su validez, la imperiosa necesidad de su existencia, por otro, logrando su eficacia práctica, a través de su vigencia en la vida jurídica y en la realidad" (p.34).

2. DEFINICIÓN

Los que nos dedicamos al estudio del Derecho sabemos que formular definiciones sobre determinada institución no resulta ser lo más acertado, pues, las definiciones evolucionan debido al rápido desarrollo de la Doctrina y el cambio constante de la legislación. Si quisiéramos definir con exactitud los principios del Derecho del Trabajo no se podría establecer una definición única, sino diversas, quizás tantas como autores existen. Es por eso, que pasaremos a citar algunos autores de reconocido prestigio para, luego, presentar una propia.

PLÁ RODRÍGUEZ (1998) define los principios del Derecho del trabajo, diciendo que son: "[...] líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos" (p. 14).

DE DIEGO (2004) expresa respecto de los principios generales del Derecho del trabajo que: "[...] se denomina así a las reglas o pautas inmutables que rigen la materia y que tienen por fin salvaguardar la dignidad del trabajador y protegerlo de los eventuales abusos del empleador, además de preservar la unidad sistemática y orientar al intérprete como al legislador dentro de una rama específica" (p. 87).

VASQUEZ VIALARD (1986) por su lado nos dice que:

> "[...] constituyen directivas que inspiran el sentido de las normas laborales, de acuerdo a criterios distintos a los que se dan en otras ramas jurídicas. Aquellas operan a modo de líneas fundamentales e informadoras que inspiran en forma directa soluciones que sirven, ya no solo para la sanción sino también para la interpretación de la norma y para la resolución de los casos" (p. 70).

Por nuestra parte, definiremos los principios del Derecho del Trabajo como aquellos conceptos de naturaleza general que inspiran y orientan la creación, la interpretación y la aplicación de las normas laborales.

En consecuencia, podemos concluir que los principios del Derecho del Trabajo cumplen una triple misión:

a) **Informativa**: pues, sirven de fuente de inspiración al legislador al momento de elaborar las normas jurídicas en materia de trabajo.
b) **Normativa**: porque cumplen un papel de fuente supletoria ante los vacíos o deficiencias de la legislación.
c) **Interpretativa**: actúan como un criterio orientador para quien pretenda interpretar las normas laborales.

3. CLASIFICACIÓN

Al igual que en la manera de definir, la doctrina es amplia en la forma de clasificar los principios del Derecho del Trabajo; sin embargo, de estas clasificaciones, la que mayor aceptación mantiene hasta la actualidad es aquella que distingue entre principios políticos y principios jurídicos.

Los principios políticos, constituyen postulados de carácter programático hacia cuyo alcance debe orientarse el esfuerzo normativo en un país en un momento determinado. Por lo general, estos principios se encuentran consagrados en la Constitución.

Los principios jurídicos, constituyen criterios de carácter formal y significación general, aplicables en cualquier circunstancia de tiempo y lugar.

Estos principios no hacen referencia a beneficio alguno en concreto, sino que tienen una significación muy general y amplia, que se extiende a todo el Derecho laboral.

4. RECEPCIÓN NORMATIVA DE LOS PRINCIPIOS

Sobre la conveniencia o no de la recepción normativa de los principios del Derecho del Trabajo, la doctrina tampoco es uniforme, existiendo discusión sobre la conveniencia o no de la misma.

VÁSQUEZ VIALARD (1986) desde una posición contraria a considerar en las normas legales a los principios, opina lo siguiente:

> "Los principios del Derecho del Trabajo se caracterizan por su amorfismo; por lo general, no tienen un procedimiento técnico de exteriorización. La norma los recepta pero no los expresa en forma

directa; a veces lo que se enuncia es el presupuesto del principio. La concreción de este en la ley puede a veces quitarle fecundidad; su cristalización puede llegar a congelar su función inspiradora de soluciones" (p. 71).

Por nuestra parte, opinamos que los principios deben ser incorporados al ordenamiento positivo, pero, con carácter enunciativo, dejando abierta la posibilidad que de surgir otros nuevos también puedan ser recepcionados, aun, cuando la norma legal no los mencione; asimismo, creemos que el contenido de los principios no debe ser definido por la ley, sino que esta función corresponde a la jurisprudencia y la doctrina.

En el Perú, algunos principios, sin recibir la denominación de tales, han sido recogidos de manera expresa en las leyes laborales, tanto sustantivas como procesales; sin embargo, donde consideramos que han alcanzado su máxima consagración ha sido en las Constituciones de 1979 y 1993.

Además, la jurisprudencia también los ha desarrollado con amplitud, tal como ha ocurrido en la sentencia del 12 de agosto de 2005, expedida por el Tribunal Constitucional, recaída en el proceso de inconstitucionalidad (Expediente N.° 008-2005-PI/TC Lima, Juan José Gorriti y otros, contra diversos artículos de la Ley N.° 28175). En este fallo el citado tribunal asigna un contenido constitucional a la mayoría de los principios del Derecho del trabajo.

5. ENUMERACIÓN

No existe unanimidad entre los autores respecto de cuáles son los principios del Derecho del trabajo; sin embargo, siguiendo a PASCO (2004) asumiremos los enumerados por AMÉRICO PLÁ, "no solo por el indudable rigor de su pensamiento y la profundidad de su obra, sino por haber recibido la máxima aceptación académica y docente" (p. 25).

En consecuencia, los principios que serán materia de comentario en este texto serán los siguientes:

a) Principio protector
b) Principio de igualdad

c) Principio de irrenunciabilidad
d) Principio de primacía de la realidad
e) Principio de continuidad
f) Principio de razonabilidad
g) Principio de buena fe
h) Principio de no discriminación

6. EL PRINCIPIO PROTECTOR

Este principio, junto al de irrenunciabilidad, son quizás los más importantes del Derecho del trabajo. Se sustenta en la protección que el Estado debe brindar al trabajador a través de un ordenamiento legal de carácter tuitivo; las normas laborales deben tener un sesgo favorable al trabajador, dejando de lado el criterio de igualdad entre las partes, propio de los contratos civiles o mercantiles.

La legislación laboral debe considerar que en el contrato de trabajo existen marcadas desigualdades económicas entre las partes, motivo por el cual, las normas jurídicas deben acudir en ayuda del trabajador para, de alguna manera, equilibrar su situación de desventaja frente al empleador.

Inspiradas en el principio protector, las normas laborales buscan evitar la prevalencia unilateral de quien tiene el poder económico por su calidad de propietario o poseedor de los medios de producción, sobre quien solo es dueño de su fuerza de trabajo y está en la necesidad de procurarse un ingreso que le permita subsistir conjuntamente con las personas que dependen de él.

BOZA PRO (2000) considera que el artículo 23° de la Constitución recoge el principio protector cuando señala que: "El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".

Precisa el citado autor que, si bien la Constitución hace referencia como especialmente protegidos a ciertas categorías de trabajadores, como son la madre trabajadora, el trabajador menor de edad y el trabajador discapacitado, no por ello descuida los otros grupos de trabajadores a quienes también protege (p. 81).

La doctrina acepta mayoritariamente que del principio protector se derivan tres reglas: a) *In dubio pro operario*, b) la aplicación de la norma más favorable y c) la aplicación de la condición más beneficiosa.

6.1. Regla *in dubio pro operario*

De acuerdo con esta regla, el juez o el intérprete, ante varios sentidos de una norma, debe elegir aquel que resulte más favorable al trabajador, sea extendiendo un beneficio o restringiendo un perjuicio.

El inciso 3) del artículo 26.° de nuestra Constitución considera entre los principios a respetar en toda relación laboral a la "interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 4 de su sentencia del 13 de marzo de 2003, recaída en el Expediente N.° 013-2002-AI/TC, en proceso de Inconstitucionalidad seguido por el Colegio de Abogados del Callao contra los artículos 3°, 4° y 6° de la Ley N° 27433, ha sostenido lo siguiente:

> "4. [...] el referido inciso 3) del artículo 26° de la Constitución, [...] no reconoce directamente derecho constitucional alguno. Se trata, más bien, de un criterio de interpretación utilizable en materia laboral, cuya aplicación se encuentra supeditada a que, en una norma legal, exista una "duda insalvable" sobre su sentido. En pocas palabras, de un criterio de interpretación cuya aplicación corresponde al operador jurídico".

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 21 de su sentencia del 12 de agosto del 2005, recaída en el Expediente N.° 008-2005-AI/TC, seguido por Juan José Gorriti y otros contra diversos artículos de la Ley N.° 28175, respecto al principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda, nos dice lo siguiente:

> "Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación,

> la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado.
> La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica.
> El principio in dubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción" norma" abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc."

Se desprende con claridad del texto constitucional que esta regla se aplicará cuando existan dudas de carácter insalvable sobre los diversos sentidos de una norma, pero, nunca lo será cuando la duda esté referida a hechos, caso en el cual, se deberá absolver al demandado de la pretensión iniciada en su contra.

Debemos tener presente que, siguiendo la interpretación constitucional, dentro del término norma también deben considerarse las cláusulas normativas de los convenios colectivos de trabajo a que se refiere el artículo 29.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, las cuales, según el III Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Laboral y Previsional (2015), deben interpretarse, en caso de duda insalvable, de manera favorable al trabajador. Este criterio ha sido ratificado por la Casación Laboral N.° 10406-2016 LIMA del 16 de mayo de 2017, que lo ha considerado doctrina jurisprudencial, en los términos siguientes:

> "Las cláusulas normativas de los convenios colectivos, se interpretan en el sentido más favorable al trabajador, ya sea otorgando mayores beneficios o reduciendo perjuicios. Esta interpretación procede cuando después de aplicar el método literal, y los demás métodos de interpretación normativa, exista duda insalvable sobre el sentido de una cláusula convencional".

6.2. Regla de la norma más favorable

A diferencia del *in dubio pro operario*, la regla de la norma más favorable no se refiere a la interpretación de normas sino a su aplicación.

Cuando tenemos una única norma aplicable a un caso y la misma goza de claridad, resulta fácil la aplicación del Derecho; sin embargo, cuando existe más de una norma aplicable a un caso concreto, surge el problema de tener que elegir una de ellas, situación que el Derecho Laboral trata de solucionar disponiendo que se aplique aquella que resulte más favorable al trabajador.

La elección de la norma más favorable por un operador del Derecho Laboral no es ni puede ser una acción arbitraria, sino que, por el contrario, debe ser debidamente justificada para no infringir el debido proceso, es por ello, que existen algunas técnicas que nos permiten realizar esta elección con cierto rigorismo científico.

No nos ocuparemos aquí del caso del conflicto de leyes en el espacio, pues, esa materia será tratada en el capítulo respectivo; por el contrario, solo trataremos el caso cuando concurren para ser aplicadas dos normas en conflicto, pero, vigentes dentro del mismo ámbito temporal y espacial.

MARTIN y otros (2008) nos dicen al respecto:

> "En la concurrencia conflictiva se da una imposibilidad efectiva de aplicación simultánea de dos preceptos de distintas fuentes, pero no una incompatibilidad total entre los mismos, que obligue a la elección entre ellos con el criterio de jerarquía normativa. La concurrencia conflictiva de normas es frecuente en aquellos ámbitos de las relaciones en los que la norma tiene una función de selección entre opciones de organización divergentes, pero no opuestas en sus mandatos y en sus finalidades" (p. 137)

Como sabemos en el Derecho, en general, para determinar la aplicación de una norma se puede seguir los criterios siguientes: jerarquía normativa, especialidad y vigencia en el tiempo.

El criterio de jerarquía nos dice que en caso de conflicto entre dos normas debe preferirse la que tenga mayor jerarquía normativa. Este criterio es acorde con el artículo 51.° de la Constitución Política del Perú.

En la Doctrina laboral encontramos que algunos autores discrepan con el criterio de jerarquía, como veremos a continuación:

Los chilenos THAYER ARTEAGA Y NOVOA FUENZALIDA (1980) dicen lo siguiente: "[...] en el caso de haber más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido de acuerdo a los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas" (p. 25).

Por su parte el argentino MARTÍNEZ VIVOT (1988), admitiendo que no se respete el principio de jerarquía en el Derecho del trabajo, como sí ocurre en el derecho común, sostiene:

> "En este, el valor de una norma viene determinado solo por su rango formal y su escala respectiva. En cambio, en el derecho del trabajo desaparece dicho axioma, para aplicar la norma más favorable, sin que necesariamente esta sea la que tenga el rango formal más alto precisamente, sino la que contenga mayores beneficios para los trabajadores. Desde luego que debe agregarse siempre que resulte, además, compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad, o no contradiga una disposición de orden público general, contenida en una norma que responda a una fuente de grado superior, generalmente sancionada en interés de la comunidad".

Por nuestra parte, discrepamos de los autores citados, pues, nos adherimos al principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 51.° de la Constitución de 1993, por lo tanto, opinamos que, en caso de colisión de normas, debe aplicarse la que tenga mayor jerarquía, aun, cuando la de inferior jerarquía que se descarta, pueda contener mayores derechos para el trabajador.

El criterio de especialidad nos dice que, entre dos normas de la misma jerarquía, debe preferirse la aplicación de la norma especial sobre la norma general.

PUIG citado por ETALA (2004), al respecto comenta:

> "[...] si la ley posterior es general, se entiende comúnmente que no puede derogar a una ley anterior que sea especial, por supuesto que sí, además la derogación no se ha consignado expresamente. Lo normal es que una ley especial solo pueda derogarse tácitamente por una ley posterior también especial" (p. 104).

Nosotros consideramos válido este criterio, por lo que, en el caso de conflicto entre una norma general y una especial, en materia de trabajo, se debe aplicar la especial, más aún, si esta es más favorable al trabajador.

Un caso aparente de conflicto de normas por especialidad es aquel que se presenta cuando las normas del régimen laboral general reconocen mayores derechos que las normas del régimen laboral especial, en realidad, el conflicto es solo aparente, pues, deberá aplicarse las normas del régimen especial por ser las que corresponden, aun, cuando estas reconocieran menores derechos a la parte laboral.

El criterio de vigencia en el tiempo nos enseña que, si existen dos o más normas de igual jerarquía, ambas especiales o ambas generales; se debe preferir a la más reciente respecto de la anterior.

Aquí, no debemos estar frente a un caso de derogación tácita, a que hace referencia el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil, sino de normas igualmente vigentes.

Opinamos que al no haberse establecido una derogación ni expresa ni tácita de la norma anterior por la posterior debe aplicarse la que resulte más favorable al trabajador.

Un ejemplo sería el caso de un trabajador que ha interpuesto una demanda de reposición por despido fraudulento para lograr su reincorporación en el empleo, solicita la medida cautelar de asignación provisional con cargo a su compensación por tiempo de servicios.

Si revisamos el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, Decreto Legislativo N.° 650, aprobado por el Decreto Supremo N.° 001-97-TR, encontramos en su artículo 43.° que en los casos de impugnación de un despido nulo por cualquiera de las causales previstas expresamente por la ley se otorga como asignación provisional la compensación por tiempo de servicios y sus intereses. En consecuencia, si el trabajador ha demandado despido fraudulento no es posible el otorgamiento de la asignación provisional.

Pero, si revisamos el texto de la Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, encontramos que su artículo 56.° dispone que "[...] en los procesos en

que se pretende la reposición, el juez puede disponer la entrega de una asignación provisional mensual [...] el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)". En este caso, la ley no exige que la reposición sea solicitada en un proceso por la causal de nulidad de despido, pudiendo haberse invocado cualquier otra causal de reposición, como es el caso del despido fraudulento, el despido incausado e, incluso, el propio despido nulo.

Como vemos, se presenta una colisión entre el artículo 43.° del TUOLCTS y el artículo 56.° de la NLPT, ambas normas de igual jerarquía e igualmente vigentes.

La solución a la antinomia la encontramos aplicando el artículo 56.° de la NLPT, por ser la que resulta más beneficiosa para el trabajador; en consecuencia, en un caso de despido fraudulento, el trabajador puede solicitar una asignación provisional con cargo a su compensación por tiempo de servicios.

6.3. Regla de la condición más beneficiosa

La condición más beneficiosa establece que la aplicación de nuevas normas debe hacerse sin disminuir los derechos del trabajador preexistentes, pues, todo cambio debe ser en beneficio de la parte laboral y no en su perjuicio.

Al respecto BOZA PRO (2000) nos dice lo siguiente: "El principio de la condición más beneficiosa supone la conservación de las mejores ventajas o derechos alcanzados por un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o sustitución peyorativa" (p. 111).

La aplicación de esta regla puede contemplar varios supuestos: conservación de condiciones de origen unilateral, contractual, convencional y legal.

Tratándose de condiciones cuyo origen sea la decisión unilateral del empleador o el contrato individual de trabajo, resulta procedente su modificación mediante acuerdo directo entre el empleador y el trabajador, pudiendo esta modificación tener, incluso, carácter peyorativo, siempre que la misma sea producto del acuerdo de las partes tomado libremente.

Cuando las condiciones se originan en una convención colectiva creemos que una posterior convención puede modificarlos e, incluso, dejarlas sin efecto, aun en desmedro de la parte laboral.

Finalmente, tratándose de derechos nacidos de una norma legal, resulta de plena aplicación la teoría de los hechos cumplidos, recogida en el artículo 103.° de la Constitución, por lo que, las nuevas condiciones que establezca la norma legal serán de aplicación inmediata, debiendo, en el futuro, regularse las relaciones jurídicas antiguas por la nueva normatividad.

7. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Este principio, introducido por el maestro Américo Pla en la Tercera Edición de su obra "Los Principios del Derecho del Trabajo", considera que no son admisibles diferencias que coloquen a un trabajador en situación de inferioridad o menos favorable que el conjunto de los demás.

Sobre este principio PLÁ (1998) nos dice lo siguiente:

> "El principio de igualdad encierra la idea de la equiparación, que es una fuente de conflictos y problemas; desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales y lleva a impedir el otorgamiento de mejoras y beneficios que podrían existir.
> Por otra parte, el principio de la igualdad ha sido recogido en normas, que condicionan la aplicación del criterio a ciertos límites y requisitos.
> De esa manera, el legislador puede establecer el alcance preciso que quiso dar a la norma. Donde existen normas expresas no se necesita recurrir a los principios" (p. 415).

En el Perú, el principio de igualdad ha sido consagrado por nuestra Constitución, tanto de una manera general en el inciso 2) de su artículo 2.°, que reconoce el derecho de toda persona "A la igualdad ante la ley"; como de una manera especial, en el inciso 1) del artículo 26.° el cual dispone que en la relación laboral se respetará el principio de "igualdad de oportunidades sin discriminación".

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional al resolver el 31 de marzo de 2004, el Expediente N.° 2510-2002-AA/TC LAMBAYEQUE, seguido por José Andrés Ruiz Vásquez y otros, ha señalado lo siguiente:

"2. Si bien es cierto que los demandantes alegan que se ha violado el derecho constitucional a la igualdad, es necesario señalar, como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

3. La primera condición para que un trato desigual sea admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo, y no de otro".

b) El pleno del Tribunal Constitucional al resolver el 12 de agosto del 2005, el Expediente N.° 008-2005-PI/TC LIMA, seguido por Juan José Gorriti y otros, al respecto ha señalado lo siguiente:

"c.3.2.) La igualdad de oportunidades

22. Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral

23. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103° de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑEIRO y MEJÍA FERNÁNDEZ LÓPEZ [Igualdad y discriminación. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.

La discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención

y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisi*ón carente* de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinci*ón basad*a en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o *circunstancias siguientes:*

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N° *26772, modificada por la Ley N.° 27270,* se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato dentro de una relación laboral.

En ese contexto, se proscribe la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.".

8. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

El principio de irrenunciabilidad niega validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad. Este principio busca evitar que el trabajador, urgido por la necesidad de conseguir o continuar con un empleo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones lesivas a sus derechos laborales, haciendo ilusoria la protección que la legislación laboral le concede. Esta protección también se extiende a los trabajadores cuyo vínculo se ha extinguido.

La doctrina acepta, casi unánimemente, que el principio de irrenunciabilidad solo protege al trabajador no pudiendo favorecer también al empleador.

Nuestra legislación reconoce el principio de irrenunciabilidad a nivel constitucional cuando el inciso 2) del artículo 26.° de nuestra Carta Magna establece que en la relación laboral se respeta, entre otros principios, el "Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

Es necesario destacar, que el principio de irrenunciabilidad opera siempre que exista una decisión expresa del trabajador de abandonar un derecho a través una decisión unilateral, sea por desconocimiento o por falta de capacidad negociadora.

En cuanto a qué derechos pueden ser renunciados por los trabajadores, algunos autores consideran que ningún derecho laboral puede ser objeto de renuncia; sin embargo, consideramos que esta posición es inaceptable, pues, si bien es evidente que los derechos derivados de normas legales o convencionales no pueden ser renunciados, sí cabe la posibilidad que el trabajador formule renuncia a derechos cuya fuente es el acuerdo privado con el empleador, un ejemplo de ello sería el caso de la aceptación a futuro de la reducción de remuneraciones admitida por la Ley N.° 9463.

El principio de irrenunciabilidad ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversos fallos entre los que cabe resaltar los siguientes:

Sentencia del 17 de abril del 2006, recaída en el Expediente N.° 4635-2004-AA/TC TACNA, seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, consideró que:

"23. El artículo 26°, inciso 2° de la Constitución dispone que en la relación laboral se debe respetar el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Al respecto, este mismo Colegiado ha establecido que el principio en cuestión:

Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [...]".

Sentencia del 12 de agosto del 2005, recaída en el Expediente N.° 008-2005-PI/TC LIMA, seguido por Juan José Gorriti y otros, estableció:

"c.3.4) La irrenunciabilidad de derechos

24. Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18].

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre.

Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda.

La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral.

Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley.

Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual.

Al respecto, puede citarse el caso del derecho a vacaciones contemplado en el Decreto Legislativo N.° 713, en donde se establece que el trabajador tiene derecho a treinta días naturales de descanso remunerado al año y, dentro de ese contexto, por la prerrogativa de la voluntad establecida en dicha norma, este puede disponer hasta de quince días para continuar prestando servicios a su empleador, a cambio de una compensación extraordinaria. Por ende, tiene la capacidad autodeterminativa de decidir un "canje" sobre aquello.

En cambio, la norma taxativa es aquella que ordena y dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede "despojarse", permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

JAVIER NEVES MUJICA [Introducción al derecho laboral. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2003, p. 103] manifiesta que el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en el caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala vs. Southern Perú Copper Corporation (Expediente N.° 1396-2001-AA/TC), en donde estableció que si "(...) las partes acordaron no solo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, será también las jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino sólo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26.° de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma, como se ha observado, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no excede de las cuarenta y ocho horas semanales [...]".

Sentencia del 20 de enero del 2004, recaída en el Expediente N.° 2906-2002-AA/TC AREQUIPA, seguido por Mario Filiberto Figueroa Ayala estableció:

"4. La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia-, se perjudique".

La Corte Suprema de Justicia al resolver con fecha 06 de julio de 2015 la Casación Laboral No.10712-2014 Lima ha establecido los criterios siguientes:

"1. Los derechos cuya fuente de origen sea la ley o cualquier otra norma jurídica de origen estatal , sin importar su jerarquía , son de carácter irrenunciable para el trabajador individual , sin perjuicio

de los pactos de reducción de remuneraciones que son aceptados por nuestro ordenamiento jurídico conforme a la Ley No.9463 de fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, cuya vigencia se reconoce.;2. Los derechos cuya fuente de origen es el convenio colectivo o el laudo arbitral, tienen carácter irrenunciable para el trabajador individual, pero si pueden ser objeto de renuncia, disminución o modificación por acuerdo entre la organización sindical y el empleador; este es el caso de la negociación colectiva *in pejus* , la cual solo puede acordarse entre los mismos sujetos colectivos y el mismo ámbito negocial. 3. Los derechos derivados del contrato de trabajo o de la decisión unilateral del empleador, pueden ser objeto de libre disposición por el trabajador individual, quien puede aceptar su disminución e incluso su supresión."

9. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Según este principio, de presentarse discrepancias entre lo que ocurre en los hechos y lo consignado en los documentos o acuerdos, debe preferirse a los primeros.

Por aplicación de este principio, los instrumentos donde consta la celebración de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, no tienen más que un valor probatorio de presunción, el que pueden perderlo si al verificarse lo ocurrido en la práctica se demuestra que la suscripción de dichos documentos ha servido para un fraude o simulación orientados a eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación laboral. En este caso, se deberá declarar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer al trabajador los derechos que le corresponden con arreglo a ley.

Una consecuencia necesaria de la aplicación del principio de primacía de la realidad es la presunción de existencia de una relación laboral, la misma que ha sido recogida en el primer párrafo del artículo 4.° del TUOLPCL, cuando esta norma establece que: "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

La Ley N.° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de julio de 2006 (en adelante LGIT), en el inciso 2) de su artículo 2.° reconoce al principio de primacía de la realidad como un principio ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo, describiéndolo en los términos siguientes: "**Primacía de la Realidad,** en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados".

Asimismo, en el ámbito procesal, el principio de primacía de la realidad se manifiesta a través del principio de veracidad recogido en el Artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 29497. Por aplicación de este principio, el juez de trabajo no debe conformarse con la verdad aparente, contenida muchas veces en los documentos suscritos por las partes, sino que debe buscar el conocimiento que más se acerque a la verdad real, teniendo en cuenta que los hechos priman sobre las apariencias.

El principio de primacía de la realidad ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversos fallos entre los que cabe resaltar los siguientes:

Sentencia del 25 de junio de 2004, recaída en el Expediente N.° 0666-2004-AA/TC ICA, seguido por Leyda Mirella Rojas Injante, expresa lo siguiente:

> "2. La recurrente ha venido laborando para la emplazada prestando servicios en forma personal, remunerada y subordinada, conforme se acredita con los contratos de trabajo de fojas 21 a 38, con los informes y memorámdums de fojas 7 a 20 de autos, y 39 a 83 del cuadernillo de este Tribunal, y de las papeletas de salida de fojas 13 a 20 del mismo cuadernillo, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se concluye en que la prestación de servicios de la recurrente era de carácter laboral".

Sentencia del 31 de enero del 2006, en el Expediente N.° 04814-2005-PA/TC Loreto, seguido por Carlos Dionisio Carrasco Rodríguez, consideró que:

> "4. Con relación al principio de primacía de la realidad que, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente,

impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio "(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Fundamento 3 de la STC N.° 1944-2002-AA/TC)".

Sentencia del 28 de febrero del 2006, recaída en el Expediente N.° 04877-2005-PA/TC LIMA, seguido por René Ancaya Morán, sostuvo que:

"6. Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante, al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes, ha realizado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral, y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido arbitrariamente al demandante, sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo".

Sentencia del 30 de noviembre de 2006, recaída en el Expediente N.° 00457-2006-PA/TC UCAYALI, seguido por Oscar Alejandro Reyna Garrido y otros, sostuvo que:

"5. De la evaluación conjunta del acta de inspección y de los abundantes medios probatorios reseñados, que obran en el expediente, se comprueba que, si bien durante el tiempo que los recurrentes trabajaron en la empresa demandada celebraron contratos de locación de servicios, en realidad llevaban a cabo sus labores bajo un horario establecido y estaban sujetos a una relación de subordinación y dependencia. Consecuentemente, conforme al principio de primacía de la realidad, los contratos de locación de servicios de los recurrentes se desnaturalizaron, convirtiéndose en contratos de trabajo de duración indeterminada; estando a ello, este Tribunal considera que

los recurrentes tenían un vínculo laboral vigente al momento en que supuestamente vencieron sus contratos de locación de servicios. Por tanto, no podían ser despedidos sino por el procedimiento previamente establecido en la ley, de modo que han sido objeto de despido arbitrario".

10. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

El principio de continuidad parte de la base que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que no se agota con una sola prestación, sino que tiene vocación de continuidad en el tiempo. Este principio busca la conservación del vínculo laboral en beneficio del trabajador hasta que surja una causal prevista en la ley que origine su extinción.

CRISTALDO (2009), citando a PLÁ RODRÍGUEZ, nos dice que el principio de continuidad se manifiesta de la manera siguiente:

1) Preferencia por los contratos de duración indefinida.
2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.
3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido.
4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal.
5) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones.
6) Prolongación del contrato en caso de sustitución del empleador.

Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal.

Para PLÁ quizá la principal expresión del principio de continuidad sea esta: la resistencia a que el empleador pueda interrumpir el contrato por su sola voluntad. La tendencia predominante es que el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, porque cada vez es más firme y extendida, la convicción de que la relación de trabajo solo debe poderse disolver válidamente, cuando exista algún motivo justificado" (pp. 232 – 233).

En nuestra legislación, el principio de continuidad se manifiesta en las siguientes disposiciones:

a) Presunción que el contrato de trabajo ha sido celebrado a plazo indeterminado, admitiéndose su extinción solo por causal prevista en la ley (TUOLPCL, artículos 4.° y 16.°);
b) Establecimiento de una indemnización tarifada para sancionar la resolución arbitraria del contrato de trabajo por parte del empleador (TUOLPCL, artículo 38.°);
c) Interpretación de que ciertas interrupciones del contrato de trabajo constituyen suspensiones del mismo (TUOLPCL, artículos 11.° y 12.°);
d) Conversión de los contratos sujetos a modalidad en contratos de duración indeterminada en el caso que fueran objeto de desnaturalización (TUOLPCL, artículo 77.°);
e) Subsistencia de la relación laboral en los casos que la titularidad del centro de trabajo fuera asumida por un nuevo empleador, pues, nuestra legislación no ha previsto como causa de extinción del contrato de trabajo el cambio de propietario o conductor del centro de trabajo (TUOLPCL, artículo 16.°).

11. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Este principio nos enseña que las actitudes humanas siempre tendrán un límite frente a actitudes arbitrarias durante el desarrollo de la relación laboral.

Según PLÁ (1998): "[...] el principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón" (p. 364).

Entre las normas de nuestro Derecho laboral positivo en que se hace mención al principio de razonabilidad tenemos las siguientes:

a) Aplicación de medidas disciplinarias dentro de los límites de razonabilidad (TUOLPCL, artículo 9.°, primer párrafo);
b) Ejercicio del *ius variandi* dentro de criterios de razonabilidad (TUOLPCL, artículo 9.°, segundo párrafo);

c) Otorgamiento de plazo razonable para presentar descargos por la imputación de falta grave (TUOLPCL, artículo 31.°)
d) Verificación de la razonabilidad del período de suspensión temporal de labores (Decreto Supremo N.° 001-96-TR artículo 22.°);
e) Determinación del valor del transporte para no ser considerado como remuneración computable para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (TUOLCTS, artículo 19.°, literal e)
f) Determinación del valor de las condiciones de trabajo para no ser consideradas como remuneración computable para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (TUOLCTS, artículo 19.°, literal f)

12. PRINCIPIO DE BUENA FE

Según este principio, las partes de la relación laboral, entiéndase trabajador y empleador, deberán de actuar de una manera leal, respetando determinados valores como la honradez, la lealtad, la confidencialidad, es decir, respetando la buena fe uno del otro.

En el caso del contrato de trabajo, resulta de plena aplicación el artículo 1362.° del Código Civil, el cual establece que: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

En el contrato de trabajo la buena fe resulta ser un elemento que relaciona a las partes, para que, dentro de un clima de confianza mutua, cumplan sus obligaciones.

El principio de buena fe está presente a lo largo de toda la relación laboral desde su inicio hasta su extinción.

13. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Este principio se basa en la supresión de las diferencias que ubican a un trabajador por debajo o en una situación menos favorable que el resto de trabajadores, sin mediar motivo que justifique dicho proceder.

Sobre este principio PLÁ (1998) expresa lo siguiente: "El principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Sin ninguna razón válida o legítima" (pp. 414–415).

En nuestro derecho positivo la discriminación ha sido prohibida en diversas normas, entre las que cabe mencionar:

a) Se considera acto de hostilidad la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma (TUOLPCL, artículo 30.°, literal f)

b) La discriminación puede definirse como la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole. Los empleadores están obligados a informar a sus trabajadores la política salarial del centro de trabajo.

   Se considera práctica discriminatoria brindar un trato salarial distinto a hombres y mujeres que cumplan los mismos requisitos de acceso al empleo y desempeñen las mismas labores (artículo 2.° de la Ley N.° 26772, modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de diciembre de 2017).

Bibliografía

Libros

- BOZA PRO, Guillermo. (2000). Fundamentos del Derecho del Trabajo. Lima: Academia de la Magistratura.
- CRISTALDO MONTANER, Jorge Darío. (2009). Tratado de la Estabilidad Laboral. Paraguay: Ediciones FIDES.

- DE DIEGO, Julián Arturo. (2004). Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 6ª. edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ETALA, Carlos Alberto. (2004). Interpretación y aplicación de las normas laborales. Buenos Aires: Astrea.
- MARTIN VALVERDE, Antonio y otros. (2008). Derecho del Trabajo, 17ª. Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. (1988). Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social, 2a. edición corregida y actualizada. Buenos Aires: Astrea.
- PLA RODRIGUEZ, Américo. (1998). Los Principios del Derecho del Trabajo, 3ª. Edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. (1980). Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, Primera Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VASQUEZ VIALARD, Antonio. (1986). Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, 1ª. Edición. Lima: Ediciones Jurídicas.

Libros de autores múltiples

- PASCO COSMOPOLIS, Mario. (2004). Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo. En Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

CAPITULO V

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURIDICAS LABORALES

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Clases de interpretación. 4. Interpretación judicial de las normas laborales. 5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El carácter general y abstracto de las normas jurídicas, sumado al hecho que el lenguaje escrito no siempre es claro, hacen necesario que se recurra a la interpretación para desentrañar el significado de las mismas y facilitar su aplicación. Podemos afirmar, entonces, que para aplicar una norma jurídica es necesario que previamente sea interpretada.

La disciplina que estudia la interpretación se denomina hermenéutica jurídica, y si bien sus métodos son aplicables a todas las ramas del Derecho, en el caso concreto de las normas jurídicas laborales, estos métodos adquieren una connotación especial, por la influencia que ejercen sobre el intérprete los principios del Derecho del Trabajo.

KELSEN, citado por ETALA (2004) consideraba que "la norma debía ser interpretada para su aplicación, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende de un grado en la jerarquía del orden jurídico" (p. 1).

PALOMEQUE y ALVAREZ (1999), nos dicen que: "Las normas jurídicas son, desde luego vinculantes, pero raras veces claras y, además, en el ordenamiento jurídico existen lagunas o insuficiencias normativas. De ahí que la

aplicación del Derecho comporte siempre dos operaciones lógicas, una referida a la determinación de la norma o normas que pueden dar respuesta al asunto planteado y, otra, la que emprende para dar un sentido a las normas en presencia. La interpretación destinada a encontrar una solución jurídica ha de ser, sin duda, motivada, argumentada" (p. 366).

En un ordenamiento jurídico como el nuestro, donde la norma escrita es la principal fuente, no resulta extraño que algunas veces la misma no tenga una redacción clara que permita su fácil aplicación, sino que, por el contrario, incurra en vaguedad o ambigüedad, obligando a sus operadores a recurrir a la interpretación para poder aplicarla.

Consideramos que la interpretación surge como una manera de dar solución a los problemas derivados de las deficiencias de la norma escrita, de cualquier naturaleza y jerarquía, con la finalidad que los operadores jurídicos, especialmente los jueces, la seleccionen y apliquen como requisito fundamental de una decisión arreglada al orden normativo.

2. DEFINICIÓN

Como sabemos, en Derecho toda definición es relativa, pudiendo variar de acuerdo al tiempo y a sus autores; sin embargo, para efectos de este estudio, presentaremos, en primer lugar, algunas definiciones doctrinarias para luego formular una propia la que, como todo concepto doctrinario, puede estar sujeta a discrepancias académicas.

CABANELLAS (1976) define la interpretación de las leyes como: "La aclaración fundada de la letra y del espíritu de las normas legales, para conocer su verdadero sentido y determinar su alcance o eficacia general o en un caso particular" (p. 210).

BRICEÑO (1985) nos dice que: "Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Cuando la interpretación se aplica al derecho, para seguir la idea de Campbell Back, consiste en el arte o procedimiento de describir y explicar el significado atribuido al lenguaje usado, esto es, el sentido que los autores de la ley quisieron que tuviera para los demás" (p. 36).

Para FRESCURA Y CANDIA (1975): "Interpretar una norma jurídico laboral es desentrañar su sentido, establecer su significado y alcance" (p. 111).

Somos de la opinión que interpretar una norma es atribuirle un significado valioso dentro de un contexto con la finalidad de poderla aplicar a un hecho.

Sin lugar a dudas, la interpretación de las normas laborales es una de las tareas más complejas debido a lo numerosas que son, a las diversas jerarquías que tienen y variadas fuentes de las que provienen.

3. CLASES DE INTERPRETACIÓN

Tradicionalmente, la hermenéutica nos ha enseñado que existen dos modelos de interpretación: el subjetivo, que busca descubrir la voluntad del legislador, y el objetivo, que persigue descubrir la intención de la norma.

La hermenéutica tradicional también ha clasificado la interpretación obedeciendo a diversos criterios aceptados por la doctrina. Así tenemos que, por razón de los sujetos que realizan la interpretación, esta puede ser: auténtica, jurisprudencial, doctrinaria y común; por razón de sus alcances, restrictiva y extensiva, por razón de sus métodos puede ser literal, lógica, teleológica, histórica y sistemática.

A continuación, explicaremos brevemente las clasificaciones antes señaladas.

3.1. Clasificación por razón del intérprete

La norma jurídica puede ser interpretada por distintos agentes, tales como son los legisladores, los jueces, los académicos del Derecho e incluso, por personas legas en materia jurídica, como, son los trabajadores, sindicalistas, conciliadores, jefes de recursos humanos entre otros.

La interpretación auténtica: es aquella realizada por el órgano que es autor de la norma interpretada, es decir, el legislador.

Esta clase de interpretación está reservada para las normas legales, permitiendo conocer su real contenido, tanto cuando fue emitida como con posterioridad.

Un ejemplo de esta clase de interpretación es la realizada por la Ley N.° 26513, que modificó la Ley de Fomento del Empleo, publicada en el Diario

Oficial "El Peruano" el 28 de julio de 1995, en su Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final estableció lo siguiente:

"**Cuarta.-** Interprétase por vía auténtica que la aplicación de la Ley N° 13937, aclarada por la Ley N° 15132, no origina relación laboral, teniendo derecho los profesionales comprendidos en ellas exclusivamente a la compensación por tiempo de servicios y seguro de vida, actualmente regulados por los Decretos Legislativos 650 y 688, respectivamente, y que, el ejercicio asociado o colectivo de dichas profesiones, sea cual fuere su organización, no genera una relación o contrato de trabajo.

Asimismo, interprétase por vía auténtica, que la prestación de servicios del cónyuge y de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, o titular de una empresa individual de responsabilidad limitada, conduzcan o no el negocio personalmente, o para una persona jurídica cuyo socio mayoritario conduzca directamente el negocio, no genera relación laboral".

La interpretación jurisprudencial: es aquella que efectúan los jueces para poder aplicar la norma legal al caso concreto sometido a su decisión.

En el Perú, los jueces por mandato del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT), deben interpretar y aplicar toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como, los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Un ejemplo de interpretación judicial es la adoptada por la Corte Suprema de Justicia al resolver con fecha 28 de marzo de 2018 la Casación Laboral No.6763-2017 MOQUEGUA , criterio que se transcribe a continuación:

"**Cuarto.- Interpretación de la Sala Suprema**

Esta Sala Suprema considera que la interrupción de la prescripción debe ser aplicada a partir de una interpretación de la norma que favorezca la continuación del proceso conforme a lo previsto en el Artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; en este sentido, establece el criterio jurisdiccional siguiente: Todo acto por el cual el trabajador dentro del plazo prescriptorio comunique a su empleador la voluntad de reclamar los

derechos laborales que considera les son adeudados, constituye una interrupción de la prescripción".

La interpretación doctrinal: es aquella que realizan los estudiosos del Derecho desde un punto de vista teórico y general, con la finalidad de resaltar las bondades o defectos de las normas jurídicas y, de ser el caso, plantear criterios que orienten a los operadores jurídicos que las tengan que aplicar.

La interpretación común: Es la realizada por el común de las personas.

Esta clase de interpretación se sustenta en el hecho que, siendo las normas legales de aplicación general, los particulares que no tienen la calidad de abogados se ven en la necesidad de interpretarla con la finalidad de poder ejercer las actividades donde se desarrollan; sin embargo, esta interpretación, por su carácter no profesional, está sujeta a la corrección de los operadores del derecho.

3.2. Clasificación en razón de sus alcances

La interpretación por razón de sus alcances puede ser estricta, extensiva y restrictiva.

La interpretación estricta, es aquella que se limita a explicar lo que expresa el texto de la norma, sin extenderlo ni restringirlo, podría decirse que en realidad no hay mayor labor interpretativa.

La interpretación extensiva, es aquella que persigue desentrañar los reales alcances de la norma superando las limitaciones que impone su texto, aplicándola a un número mayor de supuestos que pueden ser considerados dentro de ella. Según ALZAMORA (1987) esta clase de interpretación en realidad es integrativa puesto "[...] que su objeto es referir la norma, no a casos nuevos sino aquellos que contiene virtualmente, porque si así no fuera no sería interpretación sino creación" (p. 261).

La interpretación restrictiva, es aquella que restringe el alcance del texto de la norma jurídica, sobre todo para no causar perjuicio a quien debe ser aplicada o limitar el mismo; tal es el caso de las normas sancionadoras o de aquellas que, interpretadas en un sentido contrario, pudieran limitar el derecho de acción, tal como ocurre en el ámbito procesal con las referidas a excepciones o cuestiones previas.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente:

> **"Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley**
> La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

RUBIO (2003), comenta este artículo del Código Civil, en los términos siguientes:

> "Por ello, consideramos que este artículo no solo prohíbe que se aplique la analogía. También está en su *ratio legis* prohibir la interpretación extensiva. Por consiguiente, consideramos que lo técnicamente correcto es leerlo de la siguiente manera:
> La norma legislativa que establece excepciones o restringe derechos se aplica estrictamente, es decir, ni por interpretación extensiva ni por analogía" (p. 46).

3.3. Clasificación por razón del método

De manera general, podemos decir que los métodos de interpretación son los procedimientos a seguir para llegar al significado de la norma, aunque, debemos resaltar que muchas veces la utilización de los métodos no nos conduce a un único significado de la norma jurídica, sino a varios, caso en el cual se debe escoger aquel que resulte más justo.

El proceso de interpretar una norma hace que el operador jurídico tenga que dar dos pasos consecutivos, uno después del otro. En primer lugar, tendrá que seleccionar la norma que considera aplicable al caso concreto; y, en segundo lugar, descubrir su verdadero significado, para lo cual deberá recurrir a los métodos de interpretación.

En cuanto a cuáles son los métodos de interpretación a utilizar, existen números en la Doctrina , pero para efectos de este texto coincidiremos en parte con RUBIO (2015:238) en que los más difundidos son los siguientes: literal, teleológico, sistemático por comparación de la norma, sistemático por ubicación de la norma, histórico y sociológico

3.3.1. El método literal

Llamado también método gramatical, según este método, el intérprete, cuando desee descubrir el sentido de una norma, deberá, en primer lugar, tratar de averiguar lo que quiere decir la misma partiendo del significado gramatical de los términos para el lenguaje común, salvo el caso que las expresiones utilizadas tengan por sí mismas un significado jurídico diferente del común, caso en el cual, deberá determinarse el significado utilizado por la norma.

Se discute en la doctrina si el método literal es en realidad un método de interpretación, pues, deja muchos problemas interpretativos. Al respecto, cabe exponer el ejemplo siguiente: el inciso 2) del artículo 26.° de la Constitución del Estado establece que en toda relación laboral se respetan los principios siguientes:

> "2. Carácter irrenunciable de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley".

Si aplicásemos el método literal para la interpretación de la norma antes citada nos surgiría de inmediato un problema, si interpretamos la expresión "ley" en su sentido estricto; es decir, como norma aprobada por el Poder Legislativo conforme al procedimiento previsto en la Constitución, llegaríamos a la conclusión que solo tienen carácter irrenunciable los derechos nacidos de la Constitución y la ley aprobada por el Congreso, pero, que sí pueden ser objeto de renuncia los establecidos por normas de distinta naturaleza como serían los que se originan en decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos supremos o una resoluciones ministeriales; esta interpretación resultaría atentatoria contra el Derecho del trabajo, que busca proteger los derechos laborales otorgándoles carácter irrenunciable, cualquiera fuere la norma legal que les da origen. En este caso la interpretación literal no es la más adecuada.

La interpretación valiosa para efectos laborales será que la expresión "ley" no se refiere solo a la norma aprobada por el Congreso de la República, sino a cualquier norma legal, que reconozca derechos a favor de los trabajadores, sin importar su jerarquía u órgano que la expidió.

3.3.2. Método teleológico

Este método persigue descubrir el significado de la norma desentrañando la finalidad de la misma a partir de la lectura de su propio texto.

Por ejemplo, cuando el artículo 1.° de la Ley N.° 15737 establece textualmente que "Las autoridades competentes no impondrán ni permitirán que es imponga trabajo obligatorio en beneficio de personas individuales o jurídicas de carácter privado", el método en comentario nos dirá que la finalidad de dicha ley es evitar que las autoridades favorezcan o permitan el trabajo forzoso a favor de particulares.

3.3.3. Método sistemático por comparación de la norma

Según este método, el significado de la norma a interpretar se obtiene a partir de principios y conceptos contenidos en otras normas del ordenamiento jurídico que son claras.

Por ejemplo, el artículo 37.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 001-97-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de marzo de 1997 (en adelante TUOLCTS), establece que: "Los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, incluidos sus intereses, son intangibles e inembargables salvo por alimentos y hasta el 50% [...]".

Cabe preguntarse en este caso qué debe entenderse por «alimentos», la legislación laboral no define este concepto, entonces tenemos que recurrir al Código Civil que contiene una definición del mismo.

Así, tenemos que el artículo 472.° del Código Civil, modificado por la Ley N.° 30292, nos da una noción de alimentos en los términos siguientes:

> "Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación del niño y del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto".

Como vemos en el método sistemático por comparación, el artículo materia de interpretación es comparado con uno que aclara su significado (en este caso, el artículo objeto de interpretación es el artículo 37.° del TUOLCTS y el que sirve para aclararlo es el 472.° del Código Civil, modificado por la Ley N.° 30292).

3.3.4. Método sistemático por ubicación de la norma

De acuerdo con este método, la interpretación se hace considerando el conjunto normativo dentro del cual se ubica la norma a interpretar, a efectos que su significado se obtenga a partir de dicha estructura.

Por ejemplo, respecto al ejercicio del derecho a la libertad sindical, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.° 010-2003-TR (en adelante TUOLRCT), en su artículo 3.° nos dice que: "La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo".

De acuerdo a la redacción de la norma se puede interpretar que todo trabajador, sin importar su jerarquía dentro de la empresa, incluyendo el personal de dirección y de confianza, puede libremente formar parte de un sindicato; sin embargo, ello no es tan cierto, pues, el artículo 12.° de la norma citada, precisa limitaciones para poder afiliarse a una organización sindical cuando establece que: "Para ser miembro de un sindicato se requiere:

> [...]
> b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita".

Como podemos ver, no todo trabajador tiene amplia libertad para afiliarse a un sindicato, pues, los que desempeñan cargos de dirección o de confianza están impedidos de hacerlo, salvo casos de excepción que la norma expresamente contempla, tal como ocurre cuando el estatuto sindical lo permite, situación por lo demás remota, lo que lleva a que, en la práctica, los trabajadores que tienen las categorías antes indicadas no puedan gozar del derecho a la libertad sindical, a pesar que el artículo 3.° del TUOLRCT, de una manera genérica, reconoce ese derecho a todos los trabajadores.

La utilización del método sistemático por ubicación de la norma nos permite comprender el sentido de la misma a partir del propio grupo normativo al que pertenece

3.3.5. Método histórico

Este método busca interpretar la norma a partir de los antecedentes jurídicos que permiten conocer cuál fue la intención del legislador al dictar la norma.

La intención del legislador la podemos encontrar en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley, los antecedentes legislativos y normas derogatorias de los mismos e, incluso, en el momento histórico en que se aprobó la norma jurídica.

3.3.6. Método sociológico

Este método busca interpretar la norma teniendo en cuenta la realidad social en que va a ser aplicada.

Como sabemos, el Derecho tiene una dimensión social, además de la jurídica y la axiológica, es por ello, que resulta influenciado por otros factores propios de la vida en sociedad, tales como son la economía, la política, etc.; por lo que, el intérprete debe considerar estos fenómenos sociales al realizar su labor.

Un ejemplo de la utilización de este método es la interpretación que podemos hacer del numeral 18.1.1 del artículo 18.° del Decreto de Urgencia N.° 026-2020, el cual establece que son obligaciones del empleador:

> "18.1.1 No afectar la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración, y demás condiciones económicas salvo aquellas que por su naturaleza se encuentren necesariamente vinculadas a la asistencia al centro de trabajo o cuando estas favorezcan al trabajador."

Como sabemos, el Decreto de Urgencia N.° 026-2020 establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, autorizando, entre otras cosas, el trabajo remoto, el cual, es efectuado sin asistencia física al centro de labores; por tal motivo, las normas legales o convenios colectivos que otorgan condiciones de trabajo sujetas a la asistencia física del trabajador, como son uniformes, alimentación o movilidad, deberán ser interpretados en el sentido que no se abonará tales condiciones de trabajo, en tanto el trabajador realice trabajo remoto, pues, lo legislado o pactado se dispuso o acordó teniendo en cuenta el de trabajo presencial.

Creemos que, quien interprete este dispositivo no puede dejar de considerar los efectos nefastos que sobre el empleo y la economía del país ha causado la pandemia del Coronavirus (Covid 19), por lo que, resulta justificable que en esta situación de emergencia sanitaria se suspenda, en forma excepcional y temporal, el pago de condiciones de trabajo, ligadas a la asistencia física del trabajador, salvo que el empleador decida abonarlas de motu propio.

4. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS LABORALES

Desde el punto de vista de los magistrados que aplican el Derecho, GUASTINI (1997) considera que la definición de interpretación dependerá del tipo de juez que la realice, así: «[...] para un "juez legalista" la interpretación consistirá en "averiguar" el "verdadero" significado de las leyes y/o la "verdadera" intención del legislador; mientras que para un "juez político", según la idea del mismo autor, la interpretación se presenta no como una "averiguación", sino como valoración, elección y decisión: interpretar es individualizar los diversos posibles significados de un texto, valorar de cada uno los posibles resultados prácticos, y escoger el más oportuno en vista de un fin preestablecido» (p. 121).

En la interpretación de las normas laborales se puede aplicar cualquiera de los métodos antes indicados, ello dependerá del modelo de interpretación al que se adhiera el intérprete; sin embargo, cuando esta actividad sea realizada por el juez de trabajo, consideramos que debe seguir el criterio antes citado al momento de efectuar la interpretación. Además, este magistrado no debe olvidar que el Artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria de la NLPT, le imponen ciertas reglas de interpretación que, obligatoriamente, debe cumplir al aplicar las normas que regulan derechos individuales o colectivos en materia de Derecho del Trabajo.

En cumplimiento de las disposiciones señaladas en el párrafo anterior, los jueces de trabajo deben interpretar las normas laborales teniendo en cuenta las reglas que a continuación explicamos.

a) Regla de concordancia con los instrumentos internacionales

De acuerdo con esta regla, los jueces de trabajo deben tener en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos y, aunque no lo dice expresamente la NLPT, se debe tener en cuenta también los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) debidamente

ratificados por el Perú. Además, el Juez podrá aplicar, sin que ello sea de carácter obligatorio, las Recomendaciones de la OIT.

Los principales instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que contienen normas laborales son los siguientes:

i) Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948), aprobada mediante Resolución Legislativa N.° 13282 del 09 de diciembre de 1959, artículos 23.° y 24.°.

ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966) aprobado por Decreto Ley No.22128 de 28 de marzo de 1978, artículo 22.°, numeral 3. Este instrumento internacional ha sido ratificado constitucionalmente por la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979.

iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (1966), aprobado por Decreto Ley N.° 22129 de 28 de marzo de 1978, artículos 6.°, 7.° y 8.°.

iv) Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (1988) aprobado mediante Resolución Legislativa N.° 26448 del 28 de abril de 1995, artículos 6.°, 7.° y 8.°.

Además, tal como ya se dijo, los Convenios Internacionales de la OIT, ratificados por el Perú, deben ser obligatoriamente aplicados, siendo los más importantes entre otros los siguientes:

i) Convenio N.° 151, sobre protección del derecho de sindicalización y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, ratificado por la Decimosétima de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979.

ii) Convenio N.° 87, sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación (1949), aprobado por Resolución Legislativa N.° 13281 de 24 de diciembre de 1959.

iii) Convenio N.° 98, sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (1949) aprobado por Resolución Legislativa N.° 14712 de 22 de noviembre de 1963.

b) Regla de concordancia con las decisiones internacionales

De acuerdo con esta regla, los jueces deben tener en cuenta al momento lo decidido por los órganos de control de la OIT, así como, las decisiones de los tribunales internacionales constituidos por tratados en los que el Perú es parte signataria, este sería el caso de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

c) Regla de constitucionalidad

De acuerdo con este principio, la interpretación de todas las normas jurídicas, incluidas las de trabajo, debe hacerse dentro del respeto al orden constitucional.

La Constitución de 1993 dedica al trabajo los artículos 22.°, 23.°, 24.°, 25.° y 26.°.

Como sabemos, la Constitución actualmente vigente ha sido una carta restrictiva de los derechos de los trabajadores, por ello, no podemos dejar de resaltar que el Tribunal Constitucional a través de su interpretación de nuestra Carta Magna, ha logrado darles un carácter más amplio y tuitivo a los pocos derechos consagrados en la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el marco constitucional del trabajo en su sentencia de fecha 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N.° 008-2005-PI/TC, en la demanda de inconstitucionalidad seguida por Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley N.° 28175, Ley Marco del Empleo Público.

El juez al interpretar las normas laborales no solo debe tener en cuenta los artículos constitucionales referidos taxativamente a los derechos laborales, sino también la integridad del texto constitucional, pues, del mismo se desprenden derechos, deberes y limitaciones que en los artículos constitucionales relativos al trabajo no se mencionan.

El importante papel del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de derechos laborales constitucionales es resaltado por SANGUINETTI (2007), quien explica que el supremo interprete de la Constitución ha recurrido a tres herramientas hermenéuticas:

"[...] la interpretación de los preceptos constitucionales como porciones de un conjunto normativo más amplio informado por la lógica común»; «(...) el recurso a la ya mencionada "cláusula de apertura" prevista por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, con el objeto de extraer de los tratados y convenios internacionales en materia laboral criterios útiles para desentrañar el contenido de los derechos por ella consagrados»; y finalmente «(...) la realización de una lectura de los preceptos de la "Constitución laboral" acorde con el sistema de valores presente en ella. El Tribunal Constitucional ha recurrido en más de una ocasión a esta lectura finalista para desentrañar el alcance de sus mandatos" (pp. 43 – 44).

Consideramos que los criterios de interpretación constitucional reseñados anteriormente deben ser aplicados por todos los operadores del Derecho del trabajo, pues, son más acordes con la concepción de Estado Social de Derecho hacia el cual nuestro país debe acercarse.

Además de lo expresado en el Expediente N.° 008-2005-PI/TC, la interpretación constitucional de los derechos laborales la encontramos en las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven acciones de inconstitucionalidad y procesos de amparo, debiendo el juez de trabajo aplicar, obligatoriamente, los criterios contenidos en los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

En materia de Derecho laboral y previsional, tanto sustantivo como adjetivo, los precedentes constitucionales vigentes al momento de la redacción de este artículo eran los siguientes:

19. STC N.° 2616-2004-AC, Caso Amado Nelson Santillán Tuesta: Relativo a la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037-94.
20. STC N.° 4635-2004-PA, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala: Relativo a la jornada laboral de los trabajadores mineros.
21. STC N.° 0206-2005-PA, Caso César Baylón Flores: Relativo a la procedencia del amparo en materia laboral y regulación de competencia para conflictos laborales de trabajadores sujetos al régimen laboral público o régimen laboral privado.

22. STC N.° 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández: Relativo a procedencia del amparo en materia pensionaria como medio de protección del derecho fundamental a la pensión.
23. STC N.° 5189-2005-PA/TC, Caso Jacinto Gabriel Angulo: Relativo a pensión mínima o inicial regulada por la Ley N° 23908.
24. STC N.° 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino: Relativo a la pensión vitalicia y pensión de invalidez por enfermedad profesional.
25. STC N.° 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera: Relativo a la pensión vitalicia y pensión de invalidez por enfermedad profesional. Decreto Ley N.° 18846 y Ley N.° 26790.
26. STC N.° 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma: Relativo al pago de devengados e intereses por pensiones de jubilación.
27. STC N.° 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas: Relativo a la libre desafiliación de las AFPs.
28. STC N.° 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos: Relativo al Bono de reconocimiento otorgado por la ONP.
29. STC N.° 02513-2007-AA/TC, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández: Relativo a pensión vitalicia y pensión de invalidez unifica criterios contenidos en los precedentes vinculantes, 6612-2005-PA, 10087-2005-PA, 10063-2006-PA y 00061-2008-PA.
30. STC N.° 04650-2007-PA/TC, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Suboficiales de la Policía Nacional del Perú Santa Rosa de Lima: Relativo al amparo contra amparo, establece que es improcedente en forma liminar la demanda de amparo, si al momento de interponerse la misma el juez constata que no se ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo.
31. STC N.° 4762-2007-AA. Caso Alejandro Tarazona Valverde: Relativo a la acreditación de aportaciones previsionales.
32. STC N.° 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional: Relativo al arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. N.° 003-98-SA sobre Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
33. STC N.° 03052-2009-PA/TC, Caso de Yolanda Lara: Relativo al cobro de beneficios sociales, establece que el cobro de los beneficios sociales no impide al trabajador demandar la reposición en la vía de amparo.

34. STC N.° 02383-2013-PA/TC caso Elgo Ríos Núñez: Relativo a cuando acudir a la vía ordinaria para la tutela de derechos.
35. STC N.° 00799-2014-PA/TC caso Flores Callo: Relativo al valor probatorio de los informes médicos emitidos por comisiones calificadas de incapacidad del Ministerio de Salud y de EsSalud.
36. STC N° 02677-2016-PA/TC, caso Carrillo Espejo: Relativo al pago en exceso de pensiones.

d) Regla de concordancia con los precedentes judiciales

De acuerdo con esta regla, el juez de trabajo debe interpretar las normas jurídicas laborales teniendo en cuenta los precedentes judiciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la República.

Los precedentes judiciales están constituidos por los fallos de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que, a pesar de resolver un caso concreto, tienen tal relevancia por su contenido y por su forma de aprobación, que gozan de autoridad para ser invocados en la solución de casos similares.

La regulación legal de los precedentes vinculantes de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia laboral se encuentra en el artículo 40.° de la NLPT, el mismo que a continuación transcribimos:

> **"Artículo 40.- Precedentes vinculantes de la Corte Suprema de Justicia de la República**
> La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca el recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.
> La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.
> Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio".

Debemos dejar constancia que, actualmente, no existen en nuestro ordenamiento jurídico precedentes judiciales en materia de Derecho del trabajo declarados como tales conforme al artículo 40.° de la NLPT.

e) Regla in dubio pro operario

Esta regla ha alcanzado el rango de principio en la Constitución Política de 1993, la cual, en su inciso 3) del artículo 26.° señala:

"Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
[...]
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma".

Este principio debe aplicarse solo cuando exista duda en la interpretación de una norma, lo que significa que, si no existe duda alguna, aun cuando la norma no fuese beneficiosa al trabajador, la misma deberá ser aplicada.

La interpretación más favorable al trabajador también resulta aplicable a los convenios colectivos. Según lo establecido en el III Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Laboral y Previsional, llevado a cabo los días 22 y 30 de junio de 2015, en su tema N.° 01, referido al criterio de aplicación del artículo 29.° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N.° 011-92-TR, sobre la aplicación del principio de interpretación favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas, se acordó lo siguiente:

"Procede la interpretación favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas, cuando al aplicar el método literal, y los demás métodos de interpretación normativa, exista duda insalvable sobre su sentido. Si ante dicha duda insalvable, se incumple con interpretarlas de manera favorable al trabajador, se comete una infracción del artículo 29° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR".

Bibliografía

- ALZAMORA VALDEZ, Mario. (1987). Introducción a la Ciencia del Derecho, Décima Edición. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- BRICEÑO RUIZ, Alberto. (1985). Derecho Individual del Trabajo, Primera Edición. México D. F.: Editorial HARLA.
- CABANELLAS, Guillermo. (1976). Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 9na. Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- ETALA, Carlos Alberto. (2004). Interpretación y aplicación de las normas laborales. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis. (1975). Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, Tercera Edición. Asunción: Editorial El Foro.
- GUASTINI, Ricardo. (1997). Problemas de interpretación. Isonomía, 7, México,
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. (1999). Derecho del Trabajo. Madrid: Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- RUBIO CORREA, Marcial. (2003). Aplicación analógica de la ley. Código Civil Comentado, Editorial Gaceta Jurídica por los 100 mejores especialistas, Tomo 1.
- RUBIO CORREA, Marcial: El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Décima Edición 2015, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. (2007). Derecho Constitucional del Trabajo, Primera Edición. Lima: Editora Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO VI
LA APLICACIÓN DE LA LEY LABORAL EN EL ESPACIO Y EL TIEMPO

Sumario: 1. Introducción. 2. La aplicación de la ley laboral en el espacio. 3. Conflicto de leyes laborales en el espacio. 4. Conflicto de leyes relativas al contrato individual de trabajo. 5. Conflicto de leyes relacionadas con las contingencias de trabajo. 6. Conflicto de leyes relativas a relaciones colectivas de trabajo. 7. Trabajadores al servicio de delegaciones diplomáticas. 8. Aplicación de las leyes laborales en el tiempo. 9. Inicio de vigencia de la ley laboral en el tiempo. 10. Finalización de la vigencia de la ley laboral. 11. Aplicación retroactiva de la ley.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho del trabajo, como toda rama del derecho en general, existe para ser aplicado a una realidad social por los operadores jurídicos que trabajan con ella.

En el Perú, los operadores más importantes en la aplicación de las normas laborales son: el Poder Judicial, a través de la especialidad jurisdiccional laboral, y el Ministerio de Trabajo, a través de sus dependencias directas y órganos adscritos, como es el caso de la Sunafil.

También las normas laborales son aplicadas por otros operadores, como son los dirigentes sindicales, los empleadores, los árbitros laborales, los conciliadores laborales, los trabajadores, etc.

De lo expuesto en las líneas anteriores, podemos concluir que la aplicación del Derecho del trabajo es la actividad realizada por operadores públicos o privados, pero, con distinta validez en su resultado, que permite relacionar la norma jurídica con un caso concreto para darle solución.

No obstante lo antes dicho, la labor aplicativa, no siempre es sencilla, porque, durante ella, algunas veces, surgen problemas relacionados con el espacio o con el tiempo en que debe aplicarse la norma laboral.

2. LA APLICACIÓN DE LA LEY LABORAL EN EL ESPACIO

Un primer aspecto que repercute en la aplicación de la ley laboral es el ámbito de su delimitación espacial.

La regla general es que todas las normas legales tienen un ámbito espacial donde se aplican, este ámbito es el territorio donde fueron dictadas. En consecuencia, podemos afirmar que, en principio, la ley laboral se aplica a todos los trabajadores nacionales o extranjeros que prestan servicios en determinado país, salvo las excepciones que más adelante veremos.

MASCARO (1999), nos dice que el territorio influye en las relaciones de trabajo de la manera siguiente:

1) Los Estados pueden hacer acuerdos comprometiéndose en, esa condición, a cumplirlos formalizándolos como tratados u otras denominaciones;
2) Los Estados pueden crear una organización común para discutir temas sobre relaciones de trabajo y aprobar directrices que pueden incluir en su derecho interno, desde que se dispongan a ratificarlas;
3) Algunos Estados pueden constituir una comunidad con un orden jurídico común, por sobre los que rigen en sus territorios, con los cuales pasará a coexistir;
4) Las personas de un Estado se desplazan para territorios de otros, en los cuales van a trabajar y es necesario saber cuál es la regla para determinar cuál es la ley, de cuál país, aplicable al contrato de trabajo.
5) Las representaciones de trabajadores y empleadores pueden pactar acuerdos que tengan vigencia en más de un territorio, cuando empresas multinacionales se disponen a fijar reglas aplicables a su área de acción (pp. 220-221).

En el caso peruano, las disposiciones legales en materia laboral se aplican a las relaciones de trabajo desarrolladas en territorio nacional, el cual, conforme al

artículo 54.° de la Constitución Política del Estado, comprende el suelo, subsuelo, dominio marítimo y el espacio aéreo que lo cubre.

3. CONFLICTO DE LEYES LABORALES EN EL ESPACIO

No obstante que, como consecuencia de la soberanía del Estado peruano, las leyes peruanas se aplican a las relaciones desarrolladas en nuestro territorio, en la práctica, pueden presentarse algunas situaciones complejas, en las que se mezclan elementos nacionales y extranjeros, surgiendo como punto de controversia el determinar cuál es la ley aplicable, la nacional o la extranjera, en lo referente a la celebración, cumplimiento y obligaciones surgidas como consecuencia de una relación laboral. En este caso, nos encontramos frente a un conflicto de leyes en el espacio, el que debe ser objeto de solución aplicando las normas del Derecho internacional privado del trabajo.

Cuando se presentan problemas de aplicación de leyes en el espacio, se exige la presencia de un elemento extranjero relevante, por lo que, para poder determinar cuál es la ley aplicable, se debe dar respuesta a las preguntas siguientes: ¿la ley de la nacionalidad del trabajador o del empleador?, ¿la ley del domicilio de las partes?, ¿la ley del lugar de celebración del contrato?, ¿la ley del lugar de ejecución de labores?, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico no existen normas especiales para solucionar los conflictos de leyes de trabajo en el espacio, por lo que, se debe recurrir a las reglas de Derecho internacional privado contenidas en el Código Civil, así como, los tratados internacionales ratificados por el Perú.

La experiencia nos demuestra que los conflictos de leyes en el espacio giran, principalmente, en torno a los temas siguientes: contrato individual de trabajo, relaciones colectivas de trabajo y accidentes de trabajo.

4. CONFLICTO DE LEYES RELATIVAS AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

La realidad desborda los supuestos en que la doctrina considera que se pueden presentar conflictos de leyes relacionados al contrato individual de trabajo; sin embargo, dada su importancia, solo hemos seleccionado tres clases de conflictos: los que giran en torno a la capacidad del trabajador para contratar,

los relacionados con las formalidades del contrato y los relativos al contenido del contrato de trabajo.

4.1. Conflictos relacionados con la capacidad del trabajador para contratar

La capacidad es un atributo de la personalidad consistente en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, siendo que, en materia laboral, el concepto de capacidad tiene, incluso, alcances más amplios, pues, comprende también la aptitud física y mental para ejecutar determinados trabajos.

En cuanto a la capacidad, en el ámbito del Derecho internacional privado del trabajo, encontramos que la primera parte del artículo 27.° del Código Bustamante establece que: "La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, [...]"; es decir, que se considera como ley aplicable la reguladora de la nacionalidad, domicilio o residencia.

Por otro lado, el primer párrafo del artículo 2070.° del Código Civil de 1984, establece que: "El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio"; es decir, nuestro Código privilegia la ley del domicilio sobre la ley personal, superando el criterio que estableció el Código Bustamante.

En consecuencia, somos de la opinión que, por aplicación del artículo 2070.° del Código Civil, la capacidad de una persona natural para celebrar válidamente un contrato de trabajo se regirá por la ley peruana o por la ley extranjera, según el contratante esté domiciliado en el Perú o en otro Estado.

Cabe preguntarse qué sucedería con un trabajador que ha adquirido capacidad conforme a la ley de su domicilio si se muda a un país extranjero. La respuesta nos la da el segundo párrafo del artículo 2070.° del Código Civil, según el cual "El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior". La norma citada nos permite afirmar que, en este caso, el trabajador no sufriría modificación en la capacidad que adquirió conforme a la ley de su primer domicilio.

Finalmente, cabe preguntarse cuál será la eficacia de un contrato de trabajo celebrado por una parte que goza de capacidad conforme a la ley peruana, pero, que conforme a la ley extranjera resulta incapaz; en este caso, no podrá invocarse la nulidad de dicho contrato por falta de capacidad del trabajador conforme a la ley extranjera, pues, el tercer párrafo del artículo 2070.° del Código Civil, precisa que "No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú

relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero".

En este último caso, el contrato de trabajo mantiene su plena validez conforme a la ley peruana, no pudiendo aplicarse las excepciones nulificantes, pues, es evidente que estamos ante un acto jurídico unilateral y no un caso relativo a predios.

4.2. Conflictos relacionados con las formalidades del contrato de trabajo

La forma es la manera como se exterioriza la voluntad de las partes al celebrar un contrato. Tratándose del contrato de trabajo, este, por lo general, no adopta una forma solemne, sino, por el contrario, puede celebrarse de manera verbal, excepcionalmente, se exige la forma escrita; sin embargo, dicha exigencia solo tiene carácter *ad probationem*, por lo que su incumplimiento no acarrea la nulidad del mismo, sino efectos distintos a los previstos originalmente por las partes.

Respecto a la ley aplicable para regular las formalidades propias del contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado del trabajo, se han desarrollado varios criterios: el de aplicación de la ley del Estado común a ambas partes, el de aplicación de la ley donde se desarrolla la relación laboral, el de aplicación de la ley del domicilio del empleador y el de aplicación de la ley del país donde se celebró el contrato.

La doctrina moderna considera superados los criterios anteriores, pues, como bien nos dice CORREA (1987): "[...] jurídicamente más plausible y justo es el de la *lex loci contractus*, hoy casi universalmente aceptado y de plena validez en el campo general del derecho internacional privado" (p. 87).

Según el criterio *lex loci contractus*, para efectos de determinar las formalidades del contrato de trabajo se aplicará la ley del país donde este se celebró; en consecuencia, los contratos internacionales de trabajo celebrados en el Perú deberán cumplir con las formalidades exigidas por la ley peruana, mientras que los celebrados en el extranjero deberán hacerlo conforme a las que exija la ley del país donde se celebran.

El criterio antes mencionado encuentra respaldo en el artículo 2094.° de nuestro Código Civil, que resulta aplicable al contrato de trabajo por ser un acto

jurídico, según el cual: "La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana".

En el caso del contrato de trabajo celebrado en el Perú, la exigencia de formalidades se rige por la ley peruana.

4.3. Conflictos relacionados con el contenido del contrato

La doctrina no es pacífica en la discusión de cuál debe ser la ley aplicable para determinar el contenido de los contratos de trabajo, en el caso de trabajadores que son contratados para prestar servicios personales y subordinados con carácter permanente en un país extranjero, se discute si el factor de conexión debe ser el lugar del domicilio de las partes (domicilio del trabajador o sede de la empresa), el lugar de celebración del contrato, la ley elegida por las partes o el lugar de ejecución del contrato.

Dado el carácter protector de las leyes de trabajo y el orden público de las mismas que reduce la autonomía de la voluntad para determinar el contenido del contrato de trabajo, nos inclinamos por la posición que considera que la ley aplicable es la *lex loci executionis*; es decir, la ley de ejecución del contrato.

CORREA (1987) opina que:

> "[...] resolver el conflicto mediante la aplicación de la ley del lugar de prestación del servicio puede ser en principio una forma de salvaguardar el interés del trabajador, dado que generalmente el local de ejecución del trabajo es su hábitat; o sea, no solamente el medio físico, sino sobre todo, el medio social (en el sentido amplio de la expresión) en que el obrero está insertado y a la cual se vincula por lazos de coexistencia" (p. 147).

El Código Civil peruano en su artículo 2095.°, al referirse a las obligaciones contractuales, señala que:

> "Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento.

Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada esta, por la ley del lugar de celebración.

Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración".

Como se puede apreciar, nuestro Código Civil nos permite aplicar la tesis *lex loci executionis* para regular la ejecución del contrato de trabajo, pues, prevé que, en defecto de acuerdo entre las partes, las obligaciones contractuales, dentro de las que se incluyen las laborales por tener su origen en un contrato, se rijan "[...] por la ley de su lugar de cumplimiento".

No obstante su aceptación mayoritaria, la aplicación de la regla *lex loci executionis* admite las excepciones que veremos a continuación:

a) Trabajo temporal en el extranjero

Este caso se refiere a aquellos trabajadores que tienen como su lugar habitual y permanente de trabajo el territorio nacional, pero, por mandato de su empleador, salen a prestar servicios en el extranjero por un breve término a efectos de cumplir una labor específica que se les encarga, tal como sería el caso de realizar una operación comercial o instalar determinadas maquinarias a un cliente. En este caso, no se aplica la ley del lugar donde se ejecuta efectivamente el trabajo, sino la ley del lugar donde los servicios son prestados ordinariamente.

b) Trabajo sucesivo en varios Estados

Este caso se refiere al supuesto en que el trabajador ejecuta sus labores sucesivamente en varios estados extranjeros, tal como sería el caso de los trabajadores de empresas de transporte internacional o los trabajadores artistas de empresas internacionales de teatro o circos que realizan giras internacionales. Esta situación en la que no es posible establecer cuál es el lugar de ejecución permanente del contrato de trabajo, lleva a que se considere aplicable la ley del lugar de celebración del contrato, pues, existe la presunción que en aquel lugar esté la sede de los intereses de ambas partes.

c) Trabajo en naves

En el caso de los trabajadores marítimos, se aplica la ley del pabellón de la nave, siempre que la misma no infrinja las leyes nacionales de orden público. Este criterio de aplicar la ley del pabellón se justifica, según DEVEALI (1964) por el hecho "[...] que aquella contempla las exigencias de la navegación y la necesidad de un trato común a la tripulación que puede ser contratada en distintos puertos" (pp. 625-626).

5. CONFLICTO DE LEYES RELACIONADAS CON LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

Aún perdura la discusión doctrinaria respecto a si las normas relativas a accidentes de trabajo pertenecen al ámbito del Derecho del Trabajo o del Derecho de la previsión social. Este debate cobra especial importancia para nuestro tema, pues, si se acepta la tesis laboralista, puede admitirse la intervención del Derecho Internacional Privado del Trabajo para solucionar conflictos de leyes en el espacio, si, por el contrario, se acepta la tesis previsional, las normas sobre accidentes de trabajo formarían parte del derecho público interno del Estado, quedando fuera de los alcances de la disciplina jurídica antes mencionada.

No siendo nuestro propósito dirimir la discusión doctrinaria nos limitaremos a presentar la manera como este tema ha sido tratado en los convenios internacionales.

Según el artículo 2.° del Convenio N.° 19 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, tratándose de trabajadores que laboran de una manera temporal o intermitente en el territorio de un Estado, por cuenta de una empresa situada en el territorio de otro Estado, las indemnizaciones por los accidentes de trabajo que pudieran sufrir deberán regirse por la legislación de este último.

Igualmente, el artículo 198.° del Código Bustamante, también estableció la aplicación territorial de la legislación sobre accidentes de trabajo.

Habiendo el Perú ratificado los instrumentos internacionales antes citados, estos forman parte del derecho nacional y como tal de obligatorio cumplimiento,

somos de la opinión que, en materia de accidentes de trabajo, la ley aplicable es la del lugar donde ocurrió el accidente.

8. CONFLICTO DE LEYES RELATIVAS A LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

En el ámbito del Derecho colectivo del trabajo también suelen presentarse diversos supuestos sobre conflictos de leyes; sin embargo, la doctrina considera como los más relevantes tres casos: los relativos a la organización y funcionamiento de las organizaciones sindicales, los relativos a contradicción entre convenios colectivos de distintos Estados y, finalmente, los relativos a la fricción entre leyes nacionales y extranjeras que rigen la celebración del convenio colectivo.

8.1. Conflictos relativos a la organización y funcionamiento de los organismos sindicales

En cuanto al ejercicio de la libertad sindical para la organización y funcionamiento de sindicatos, en la práctica, no se presentan mayores conflictos a tratar por el Derecho Internacional Privado del Trabajo. Esta ausencia de controversia radica en el hecho que las relaciones al interior de las organizaciones sindicales se rigen por el derecho del Estado al que pertenecen, el cual, mayoritariamente, está constituido por disposiciones de naturaleza administrativa y, por lo tanto, de orden público, no presentándose por ello algún elemento extranjero relevante.

Sobre la representación por parte de la organización sindical de los trabajadores extranjeros que laboran en la empresa, cabe decir que, estando estos trabajadores sujetos a la legislación del país donde laboran, les resultan aplicables las leyes sobre representación sindical de dicho país.

8.2. Conflictos relativos a contradicción entre convenios colectivos

Este supuesto está referido al caso en que colisionan dos convenios colectivos vigentes en distintos Estados que regulen un mismo hecho.

Según KROTOSCHIN (1977) estos conflictos "[...] se resuelven principalmente, de la misma manera que los conflictos entre otras normas jurídicas" (p. 81).

Para definir cuál será el convenio aplicable deberá tenerse en cuenta que la regla es que ningún convenio colectivo puede ser aplicado si tiene cláusulas que afecten el orden público del país en que se pretende su aplicación.

Debemos precisar que, como consecuencia de los procesos de integración regional, la doctrina admite la posibilidad de celebración de convenciones colectivas internacionales mediante las cuales se regule relaciones laborales en un ámbito regional; sin embargo, para la aplicación válida de dichos convenios colectivos, por lo general, se exige la aprobación previa por los Estados, lo que los convierte en tema cuyo ámbito es del Derecho internacional público del trabajo y no del Derecho internacional privado del trabajo.

6.3. Conflictos relativos a la fricción entre leyes que rigen la celebración de los convenios colectivos

Siendo el convenio colectivo un acto jurídico, resulta, en principio, razonable que le sean aplicables las normas sobre capacidad, formalidades y contenido del contrato individual de trabajo; sin embargo, en la doctrina esta posición encuentra resistencia en aquellos autores que consideran que las normas reguladoras de los convenios colectivos son de derecho público y, por lo tanto, territorialistas.

Por nuestra parte, consideramos que si bien es innegable que la regulación de los requisitos para la celebración de convenios colectivos se encuentra a cargo del derecho interno del Estado, ello no es obstáculo para que se desconozca la naturaleza de acto jurídico que tienen dichos convenios, por lo que, consideramos que en materia de capacidad de las partes, exigencias de forma y contenido del convenio, les resultan aplicables los mismos criterios utilizados para solucionar el conflicto de leyes relativos al contrato individual de trabajo.

7. TRABAJADORES AL SERVICIO DE DELEGACIONES DIPLOMÁTICAS

Como sabemos, las misiones diplomáticas acreditadas ante un Estado contratan trabajadores para diversos servicios, convirtiéndose, de esta manera, en empleadoras de los mismos.

Si los trabajadores son naturales del país al que pertenece la misión, se le aplicará la legislación del Estado acreditante, correspondiéndole, en caso de

existir algún reclamo, al juez competente de dicho Estado conocer el conflicto, no teniendo competencia alguna el juez peruano.

Caso distinto es el de los trabajadores peruanos o extranjeros con residencia permanente en el Perú, que laboran para una misión extranjera en territorio nacional, en este caso, creemos que les resulta aplicable la ley peruana, pero, en caso de controversia sobre derechos laborales, se deberá usar las reglas establecidas por el Derecho internacional público.

De acuerdo al Derecho internacional público, los agentes diplomáticos gozan de una serie de privilegios e inmunidades de carácter jurídico dentro de los cuales debemos destacar los siguientes: **a)** inviolabilidad o inmunidad personal, **b)** inviolabilidad de residencia o propiedad y **c)** inmunidad de jurisdicción.

La Convención de Viena de 1961, sobre Relaciones Diplomáticas (de la cual el Perú es parte), en su artículo 31.° establece que los agentes diplomáticos gozan de inmunidad frente a la jurisdicción del país receptor en materia penal, civil y administrativa, por lo que, a primera vista, pareciera que frente a la jurisdicción laboral no tendrían este privilegio; sin embargo, ello no es exacto, pues, como bien dice CARRO (1989): "[...] al analizar la intención del comité de redacción de la Convención (1961) se puede concluir que si bien se consignó así, se hizo considerando que todas las ramas del Derecho llegan a ser en definitiva civiles y administrativas y que por consiguiente el agente diplomático es inmune a todas las jurisdicciones" (p. 205).

Somos de la opinión que los trabajadores al servicio de legaciones diplomáticas no pueden dirigir directamente sus reclamos laborales contra la delegación para la que laboran o han laborado, por impedirlo el artículo 31.° de la Convención de Viena, salvo que dicha representación renuncie expresamente a su inmunidad de jurisdicción.

No obstante lo dispuesto el artículo 31° de la Convención de Viena, el Acuerdo N.° 01 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, ha establecido el criterio que: "El Juez de Trabajo podrá admitir la demanda interpuesta contra una legación diplomática de Estado Extranjero u Organismo Internacional en tanto que de las pruebas acompañadas a ella no fluya de manera notoria su incompetencia".

Se desprende del texto de este acuerdo plenario que, en principio, para la judicatura peruana los agentes diplomáticos pueden ser objeto de demandas de carácter laboral, correspondiendo a la autoridad judicial peruana calificar dicha demanda a efectos de verificar si los medios probatorios que se acompañan a la misma son suficientes para declarar su incompetencia.

8. APLICACIÓN DE LAS LEYES LABORALES EN EL TIEMPO

Si bien todas las leyes tienen una vigencia indefinida, salvo casos de excepción, ello no implica que tengan una duración eterna, por lo tanto, pueden ser modificadas o derogadas, lo que puede originar que, en algún momento, surjan problemas relacionados con los efectos producidos por las leyes durante el tiempo que estuvieron vigentes.

El estudio de aplicación de la ley en el tiempo comprende los temas relativos a inicio de su vigencia, finalización de su vigencia y retroactividad.

9. INICIO DE VIGENCIA DE LA LEY LABORAL EN EL TIEMPO

El artículo 103.° de la Constitución Política del Estado, modificado por la Ley N.° 28389, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de noviembre de 2004, consagra la teoría de los hechos cumplidos, según la cual las leyes regulan las situaciones y relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia, incluso, si aquellas le antecedieron en el tiempo.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontramos que en reiterados fallos se ha interpretado que el artículo 103.° de la Constitución consagra la teoría de los hechos cumplidos (Expediente N.° 01875-2006-AA/TC, fundamentos 28 y 29).

Por su parte, el artículo 109.° de nuestra Carta Magna establece que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte". Según esta norma constitucional las leyes y demás normas jurídicas de cualquier jerarquía y naturaleza, incluidas las pertenecientes al ámbito del Derecho del trabajo, deben comenzar a regir desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", salvo que la misma norma señale plazo distinto para su entrada en vigencia en forma total o parcial.

En consecuencia, queda claro que, en el Perú, por mandato de la Constitución, las normas laborales rigen desde el día siguiente de su publicación o desde la fecha indicada para el inicio de su vigencia, no admitiéndose, en materia laboral, la teoría de los derechos adquiridos sino la de los hechos cumplidos.

Un ejemplo del primer caso es la Ley N.° 27735, sobre el derecho a las gratificaciones, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de mayo de 2002, la cual, en su artículo 10.° disponía su entrada en vigencia al día siguiente de su publicación.

Un ejemplo del segundo caso es el Decreto Legislativo N.° 892, sobre participación de los trabajadores en las utilidades, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de noviembre de 1996, pero, que por mandato de su Tercera Disposición Complementaria Derogatoria y Final entró en vigencia el 01 de enero de 1997.

10. FINALIZACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY LABORAL

Sobre la finalización de la vigencia de las normas legales CÁRDENAS (1999) nos dice lo siguiente: "[...] las normas legales tienen, por lo general una vigencia indefinida; empero, puede ocurrir, por ejemplo, que su duración esté limitada a un plazo determinado o en razón de una circunstancia que constituye la razón de ser de la norma y que una vez desaparecida hace que pierda vigencia" (p. 32).

Refiriéndose a las causas por las que deja de tener vigencia una norma legal, el mismo autor nos dice que "[...] la cesación de vigencia de una norma legal puede deberse a dos tipos de causas: una extrínseca, exterior a la propia norma, y otra intrínseca, esto es, inherente a ella misma" (p.32).

Siguiendo el criterio antes citado, considero que las causas extrínsecas de cesación de vigencia de una norma legal son la derogación y la modificación, mientras que las causas intrínsecas son el vencimiento de su plazo de vigencia y el cumplimiento de su finalidad.

10.1. Finalización de la vigencia de la ley por derogación o modificación

En doctrina se distingue entre derogación y abrogación. La primera, deja sin efecto en forma parcial una ley, mientras que la segunda, la suprime en su integridad. En la práctica esta distinción carece de relevancia, pues, el término

derogación ha sido utilizado a través del tiempo como sinónimo de extinción de las normas alcanzando, incluso, rango constitucional.

Sobre la derogación el artículo 103.° de la Constitución Política del Perú, modificado por la Ley N.° 28389, establece que "La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".

Con respecto a la derogación de las leyes, el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece reglas que son aplicables a todo tipo de normas, incluidas las laborales sobre la derogación.

Primera: La ley se deroga solo por otra ley

Esto significa que una norma legal solo puede ser derogada por otra de similar o superior jerarquía, mas no por otra de categoría inferior. Así, por ejemplo, una ley solo podría ser derogada por otra ley o por un decreto legislativo o por un decreto ley, pues, estas dos últimas normas, aunque son de origen diferente, tienen la misma jerarquía.

Segunda: La derogación puede producirse en forma expresa, tácita o por sustitución

a) **Derogación expresa:** se produce cuando la nueva norma declara expresamente que deroga o deja sin efecto la norma anterior.

b) **Derogación tácita:** se produce cuando la nueva ley resulta incompatible con la anterior en razón de existir contradicción entre ambas. Los aspectos que no son objeto de incompatibilidad con la nueva ley mantienen su vigencia.

c) **Derogación por sustitución:** se produce la derogación de las leyes cuando una nueva norma regula íntegramente la materia normada por la anterior, aunque no exista contradicción o incompatibilidad entre las disposiciones de ambas.

Tercera: Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado

Esta regla tiene su explicación en el hecho que la derogación de una ley implica que la misma quede totalmente sin efecto, no existiendo fundamento alguno para pensar que el legislador pretenda revivir la norma anteriormente

derogada a través de la nueva norma que promulga, salvo que así lo señale expresamente.

10.2. Finalización de la vigencia de la ley por cumplimiento de su finalidad

Este caso está referido a normas dictadas para regular determinada circunstancia o hecho, siendo el caso que la causal de promulgación de la norma desaparece completamente.

10.3. Finalización por derogación de la ley por sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional

La derogación expresa y la derogación tácita, no son las únicas formas por las cuales la ley deja de tener vigencia, sino que, el artículo 103.° de la Constitución Política del Estado, modificado por la Ley N.° 28389, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de noviembre de 2004, también admite como una forma para que las leyes pierdan vigencia a la sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Un ejemplo de la forma de derogación en comentario es la sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de agosto del 2020, recaída en el Expediente N.° 0029-2018-PI/TC, que resolvió declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N.° 30745, Ley de Carrera del Trabajador Judicial. Lo decidido en esta sentencia expulsó del ordenamiento jurídico la Ley N.° 30745 y la Resolución Administrativa N.° 216-2018-CE-PJ, que había aprobado su reglamento.

11. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY

La retroactividad implica la aplicación de la ley para hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia.

La Constitución de 1933, en su artículo 25.° prohibió de manera absoluta la retroactividad de toda ley.

Por el contrario, la Constitución de 1979, en su artículo 187.°, reconoció el carácter retroactivo de las leyes laborales cuando estas eran más favorables al trabajador o contribuyente.

La actual Constitución de 1993, no reconoce la aplicación retroactiva de la ley laboral, pues, en su artículo 103.°, modificado por la Ley N.° 28389, ha previsto

que "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo".

En consecuencia, queda claro que, de acuerdo con la Constitución de 1993, no existe en el Perú retroactividad benigna a favor del trabajador, no pudiendo aplicarse esta por la vía de la interpretación, pues, ello resultaría atentatorio contra el orden constitucional incurriendo en responsabilidad administrativa y penal el juez o funcionario administrativo que así lo hiciere.

Bibliografía

Libros

- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. (1999). Modificación y derogación de las normas legales, Primera Edición. Lima: ARA Editores.
- CORREA MEYER RUSSOMANO, Gilda Maciel. (1987). Derecho Internacional Privado del Trabajo, Primera Reimpresión en español. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DEVEALÍ, Mario. (1964). Tratado de derecho del trabajo, tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- KROTOSCHIN, Ernesto. (1977). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, 3º. Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. (1999). Teoría general del direito do trabalho. Sao Paulo: Editora LTr.

Revista

- CARRO HERNANDEZ, María del Rocío. (1989). La inmunidad diplomática en materia laboral. Revista Debate Laboral, Año II, Nº3/89, 205.

CAPÍTULO VII
EL CONTRATO DE TRABAJO

Sumilla: 1. Introducción 2. Definición. 3. Sujetos del contrato de trabajo. 4. Elementos del contrato de trabajo 5. Duración del contrato de trabajo. 6. Diferencia con otros contratos. 7. Nulidad del contrato de trabajo 8. Caracteres del contrato de trabajo.9. Infracciones administrativas relacionadas con el contrato de trabajo. 10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo es, sin lugar a dudas, la institución más importante del Derecho Individual del Trabajo, pues, a partir de su celebración, previo cumplimiento de los requisitos de ley, nacen todos los demás derechos laborales y de seguridad social.

Al respecto, ALONSO OLEA (2000: 55) nos dice: «El contrato de trabajo es la institución central del Derecho del Trabajo; constituye a la vez la raíz de su origen y la razón de su existencia como disciplina jurídica autónoma».

El contrato de trabajo es de tal importancia que, determinará la remuneración, la duración de la jornada de trabajo, los beneficios sociales a pagar, el régimen de despido, etc.; por lo que, podemos afirmar que este contrato es la piedra angular del Derecho del Trabajo.

En las siguientes líneas, estudiaremos el contrato de trabajo teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR (en adelante TUOLPCL), así como la doctrina laboralista y la

jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la República como del Tribunal Constitucional.

2. DEFINICIÓN

Si quisiéramos encontrar una definición de *contrato* en general, nos sería fácil recurrir al Código Civil, el cual, en su artículo 1351, nos ofrece la siguiente: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial» (Presidencia de la República, 1984, p. 480).

Por el contrario, si nuestra voluntad fuera obtener una definición de contrato de trabajo, a pesar de la frondosa legislación laboral vigente, no la encontraríamos; además, descubriríamos que la doctrina no es uniforme en cuanto a su contenido, y que el tema no es pacífico para los estudiosos del Derecho del Trabajo; es por ello, que definir el contrato de trabajo siempre resultará una labor difícil, no exenta de imprecisiones y, por lo tanto, sujeta a críticas.

A continuación, después de citar algunos autores, trataremos de formular una definición de contrato de trabajo acorde a la doctrina y al derecho nacional.

MARTÍN y otros (2008: 472) definen el contrato de trabajo en los términos siguientes: «[...] acuerdo en virtud del cual una persona –el trabajador– se compromete voluntariamente a prestar servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica –el empleador o empresario– mediante una retribución».

Del mismo modo, TOYAMA (2015: 65), al dar una definición de contrato de trabajo, nos dice: «El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes».

GÓMEZ (2016: 188) considera que: «El contrato de trabajo es el convenio elevado a protección fundamental, según el cual un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución elevada, también, a idéntica protección fundamental».

GARCIA (2016:7) nos dice que: " El contrato de trabajo no es otra cosa que el acuerdo de voluntades por el cual un trabajador se compromete a prestar

sus servicios personales en forma subordinada , y el empleador al pago de la remuneración correspondiente."

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral No.321-2017-LIMA ,con fecha 07 de noviembre de 2017, nos brinda la definición de contrato de trabajo siguiente: " El contrato de trabajo es entendido como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador , se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador , quien a su vez está obligado a pagar a favor de aquél una remuneración por los servicios prestados."

El TUOLPCL no nos proporciona una definición del contrato de trabajo; no obstante ello, en el primer párrafo de su artículo 4.°, recoge los elementos esenciales que la doctrina le reconoce al mismo; por tal motivo, nos atrevemos a formular la definición siguiente: el contrato de trabajo es la manifestación de voluntad de dos partes, una de las cuales, llamada trabajador, se compromete a prestar sus servicios personales y subordinados a favor de la otra, llamada empleador, la cual a su vez se obliga a pagarle una remuneración.

3. SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Al ser el contrato de trabajo uno de prestaciones recíprocas, siempre tendrá dos partes: el trabajador y el empleador, cada una con obligaciones respecto de la otra. El trabajador siempre será una persona natural, mientras que el empleador puede ser una persona natural, persona jurídica o patrimonio autónomo, sin importar, además, si desarrolla o no una finalidad lucrativa.

Aunque resulte obvio decirlo, el Estado, salvo que actúe como empleador, no es parte en el contrato de trabajo, no pudiendo intervenir para modificarlo, prorrogarlo o dejarlo sin efecto, pues, dichos actos infringirían el artículo 62.° de la Constitución.

De acuerdo con el inciso d) del artículo 4.° de la Ley N.° 29891, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) tiene facultades para vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y las condiciones contractuales en el orden sociolaboral, que se refieran al régimen común o regímenes especiales; pero, no tiene atribuciones para modificar o resolver los contratos de trabajo celebrados por las entidades sujetas a su control.

Tampoco las organizaciones sindicales son ser parte en el contrato de trabajo, aunque, pueden participar asesorando a los trabajadores en su celebración o en reclamaciones ante el empleador sobre el cumplimiento de obligaciones laborales.

3.1. El trabajador

El TUOLPCL no define expresamente quien es el trabajador; sin embargo, podemos definirlo como la persona natural, que libremente pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para ejecutar en forma subordinada la prestación de servicios que se le encargue a cambio de una remuneración.

No se considera trabajadores para el Derecho laboral peruano a los sujetos siguientes:

i) Los vinculados por contratos de locación de servicios o contratos de mandato, los cuales son contratos regulados por el Título IX de la Sección Segunda del Código Civil.

ii) Los comprendidos dentro de las modalidades formativas, sujetas a la Ley N.° 28518 y su Reglamento el Decreto Supremo N.° 007-2005-TR.

iii) Los que realizan labor de voluntariado con sujeción a la Ley N.° 28238 y su Reglamento el Decreto Supremo N.° 003-2015-MIMP modificado por el Decreto Supremo N.° 004-2017-MIMP.

iv) Los mandatarios de hidrocarburos a que se refiere el artículo 15.° de la Ley N.° 26221, Ley General de Hidrocarburos, lo que ha sido precisado por la Casación Laboral N.° 26279-2017 LIMA del 21 de marzo de 2019.

v) Los comisionistas mercantiles, cuyo contrato se rige por los artículos 244.° a 280.° del Código de Comercio.

vi) Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado cuando prestan servicios para el titular o propietario persona natural, que conduzca o no personalmente un negocio, tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge, todo esto de acuerdo a la interpretación auténtica establecida por la Segunda de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Derogatorias del TUOLPCL.

vii) Los trabajadores autónomos ambulantes, sujetos al Decreto Supremo No.005-91-TR.

viii) Los trabajadores lustrabotas, sujetos a la Ley No.27475 y el Decreto Supremo No.006-2002-TR.

3.2. Capacidad del trabajador

La capacidad jurídica es la aptitud que tiene una persona por si misma para ser sujeto de obligaciones y derechos conforme al orden jurídico.

Según RENDON (2000: 16) en el Derecho del Trabajo la expresión capacidad designa dos conceptos diferentes: la capacidad laboral y la capacidad civil.

La capacidad laboral, implica que física y mentalmente el trabajador se encuentre en la posibilidad de realizar los trabajos para los cuales se le contrata.

Respecto a la capacidad laboral DE DIEGO (2004:126) nos explica que: "la especial característica de que el contrato es *intuito personae*, hace que cada trabajador sea único e insustituible en función de su capacidad o idoneidad para la actividad que debe desarrollar."

Respecto de este tipo de capacidad laboral cabe resaltar ciertos casos particulares, contemplados en la legislación peruana:

a) Los adolescentes

El artículo 51.° del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley N.° 27571, ha establecido para autorizar el trabajo por cuenta ajena o en relación de dependencia, las edades mínimas las siguientes:

i) Quince años para labores agrícolas no industriales;
ii) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras;
iii) Diecisiete años para labores de pesca industrial;
iv) Para las demás modalidades de trabajo, la edad mínima es catorce años;
v) Excepcionalmente, se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

Debemos dejar constancia que de acuerdo con el artículo 7.° de la Ley N.° 31047, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de octubre de 2020, la

edad mínima para realizar el trabajo del hogar es de dieciocho (18) años, por lo que queda claro que ningún menor de edad puede realizar trabajo doméstico.

b) Las personas con discapacidad

El numeral 45.1 del artículo 45.° de la Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, establece que la persona con discapacidad tiene derecho a trabajar, en igualdad de condiciones que las demás, en un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, y en condiciones de trabajo justas, seguras y saludables.

c) Los jubilados del Decreto Ley N.° 19990

Como sabemos, los trabajadores jubilados no deben volver a realizar labores remuneradas; sin embargo, la Ley N.° 28678 autoriza a los pensionistas del régimen del Decreto Ley N.° 19990 a que, excepcionalmente, puedan percibir pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos ingresos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

La **capacidad civil** es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones; constituye una aptitud de la persona física para actuar por si misma para establecer relaciones jurídicas.

La capacidad civil se regula por el artículo 3.° del Código Civil, modificado por el artículo 1.° del Decreto Legislativo N.° 1384, en los términos siguientes:

> **«Artículo 3. Capacidad jurídica**
> Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.
> La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida».

La capacidad civil puede ser de dos clases: capacidad de ejercicio plena y capacidad de ejercicio restringida.

La capacidad de ejercicio plena es regulada por el artículo 42.° del Código Civil, modificado por el artículo 1.° del Decreto Legislativo N.° 1384, en los términos siguientes:

> «**Artículo 42. Capacidad de ejercicio plena**
> Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.
> Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejercen la paternidad».

Podemos concluir, que todas las personas que gozan de capacidad de ejercicio plena, conforme al artículo 42.° del Código Civil, modificado por Decreto Legislativo N.° 1386 están facultadas para celebrar un contrato de trabajo válido.

La capacidad de ejercicio restringida es regulada por el artículo 44.° del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.°1384, que ha derogado los incisos 2 y 3, así como, agregado el inciso 9, en consecuencia, dicha norma ha quedado con el texto siguiente:

> «**Artículo 44. Capacidad de ejercicio restringida**
> Tienen capacidad de ejercicio restringida:
> 1. Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad
> 2. Derogado
> 3. Derogado
> 4. Los pródigos
> 5. Los que incurren en mala gestión.
> 6. Los ebrios habituales.
> 7. Los toxicómanos.
> 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil
> 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que hubiera designado un apoyo con anterioridad».

En conclusión afirmamos que las personas con capacidad de ejercicio restringida pueden celebrar un contrato de trabajo que podría resultar anulable,

por aplicación del inciso 1 del artículo 221.° del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1384, de ser el caso.

En cuanto a la incapacidad absoluta, el artículo 43.° del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1384, ha quedado con la redacción siguiente:

> «**Artículo 43. Incapacidad absoluta**
>
> Son absolutamente incapaces:
>
> 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
> 2. Derogado
> 3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable».

Podemos concluir, que las personas que adolecen de incapacidad absoluta no pueden celebrar válidamente un contrato de trabajo por aplicación del inciso 1 del artículo 140.° del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1384.

3.2.1. Clases de trabajadores

En cuanto a la clasificación de los trabajadores, debemos decir que, si bien actualmente, la diferencia entre trabajadores tiende a desaparecer, teniendo en cuenta las definiciones contempladas en nuestro ordenamiento positivo, podemos clasificarlos de la manera siguiente:

a) **Empleados:** son aquellas personas que realizan labores donde predomina el trabajo intelectual, tales como, los que realizan labores de administración, control, planeamiento, etc.

   El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral ha establecido, en su acuerdo II, lo siguiente:

   «**II. RÉGIMEN LABORAL DE LOS INSPECTORES MUNICIPALES DE TRANSPORTE**

   El Pleno acordó por unanimidad:

   Los inspectores municipales de transporte al servicio de las municipalidades deben ser considerados como empleados, ello debido a la naturaleza de las labores que realizan, por lo que deben estar sujetos

al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y por la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil».

b) **Personal de dirección:** es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial (primer párrafo, artículo 43.° del TUOLPCL).

c) **Trabajadores de confianza:** son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales (segundo párrafo, artículo 43.° del TUOLPCL).

d) **Trabajadores obreros:** son aquellos que realizan labores en las cuales predomina el esfuerzo físico, el contacto con las materias primas y con los instrumentos de producción.

El VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, ha establecido, en su acuerdo II, lo siguiente:

«II. CATEGORÍA LABORAL EN LA QUE SE DEBE ENMARCAR A LOS POLICÍAS MUNICIPALES Y AL PERSONA DE SERENAZGO

El Pleno acordó por unanimidad:

Los policías municipales y el personal de serenazgo al servicio de las municipalidades deben ser considerados como obreros. Ello debido a la naturaleza de las labores que realizan y en aplicación de los principios pro homine y progresividad. Es decir, deben estar sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728)».

La Ley N.° 30889, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de diciembre de 2018, ha precisado que los obreros de los gobiernos regionales y locales se rigen por el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

e) **Trabajadores artistas:** se considera artista intérprete o ejecutante a toda persona natural que representa o realiza una obra artística, con texto o sin él, utilizando su cuerpo o habilidades, con o sin instrumentos, que se exhiba al público resultando una interpretación y/o ejecución que puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte, creado o por crearse (artículo 2.° de la Ley N.° 28131).

f) **Futbolistas profesionales:** son personas que, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del futbol por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club, a cambio de una remuneración (artículo 2.° de la Ley N.° 26556).

g) **Trabajadores del hogar:** son aquellas personas que realizan trabajo doméstico consistente en labores propias del desenvolvimiento del hogar y conservación de una casa habitación, siempre que no importen negocio o lucro económico directo para la persona empleadora o sus familiares. Dichas labores incluyen tareas domésticas, tales como limpieza, cocina, lavado, planchado, asistencia, mantenimiento, cuidado de niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores, personas enfermas, personas con discapacidad u otras personas dependientes del hogar, cuidando mascotas domésticas, cuidado del hogar entre otras (artículo 3.° de la Ley N.° 31047).

h) **Trabajadores de la industria pesquera del consumo humano directo:** son aquellos que realizan servicios de naturaleza indeterminada, discontinua y atípica en las plantas conserveras, congeladoras, fresco refrigeradas y curadoras de pescado (primer párrafo del artículo 1.° de la Ley N.° 27979).

i) **Trabajadores portuarios:** son las personas naturales que, bajo relación de subordinación al empleador portuario, realiza un servicio específico destinado a la ejecución de labores propias del trabajo portuario, tales como: estibador, tarjador, winchero, gruero, portalonero, levantador de costado de nave y/o las demás especialidades que según las particularidades de cada puerto establezca el reglamento de la Ley (artículo 3.° de la Ley N.° 27866).

j) **Trabajadores adolescentes:** se consideran adolescentes a aquellas personas que contando entre los doce (12) años y menos de dieciocho (18) trabajan de forma dependiente o por cuenta ajena.

k) **Trabajadores agrarios:** son aquellos que trabajan al servicio de personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos y/o crianzas; o que laboran para personas las personas naturales o jurídicas que realicen actividad agroindustrial, siempre que utilicen principalmente productos agropecuarios fuera de la Provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. No se comprende a los trabajadores que laboran en actividades agroindustriales relacionadas con trigo, tabaco, semillas oleaginosas, aceites y cerveza; tampoco se considera a los trabajadores de áreas administrativas y soporte técnico de las empresas a quienes se les aplica el régimen laboral común (Ley N.° 31110).

l) **Trabajadores acuícolas:** son aquellos que prestan servicios personales, subordinados y remunerados para personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades acuícolas. Gozan de los mismos derechos laborales y de seguridad social que los trabajadores agrarios (Decreto Legislativo N.° 1195).

m) **Teletrabajadores:** son aquellos que prestan servicios en un lugar diferente del local del empleador, lo que permite que desarrollen sus labores de una manera no presencial, utilizando sobre todo los medios informáticos y demás formas avanzadas de telecomunicaciones (Ley N.° 30036 y Decreto Supremo N.° 017-2015-TR).

n) **Trabajadores pesqueros:** son aquellos que se obligan a prestar servicios para un armador a cambio de una remuneración, realizando faenas de pesca así ejecutando, en las épocas de suspensión oficial de pesca, otros trabajos que señale el armador o empresa, relacionados a la respectiva embarcación (Decreto Supremo N.° 009-75-TR).

o) **Trabajadores de construcción civil:** son aquellos que prestan trabajo de manera temporal o eventual al servicio de una persona natural o jurídica que realiza actividades de construcción civil dentro de la definición establecida en la categoría F de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de Actividades Económicas, (CIIU Revisión 4) de Naciones Unidas.

Debemos resaltar que los trabajadores que sean contratados por empresas constructoras de inversión limitada a que se refiere el Decreto Legislativo N.° 727, no se encuentran sujetos al régimen laboral de construcción civil.

p) **Trabajadores remotos:** son aquellos que prestan servicios subordinados y remunerados en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario como consecuencia de la emergencia sanitaria declarada por el COVID 19, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita (artículo 16.° del Decreto de Urgencia N.° 026-2020).

q) **Trabajadores porteadores:** son aquellos que prestan servicios personales de carga , bajo contrato de trabajo en la modalidad de servicio específico. La relación laboral que establece con uno o más empleadores está sujeta a las normas que establece la Ley N.° 27607 y su reglamento el Decreto Supremo N.° 010-2002-TR.

r) **Trabajadores estibadores terrestres:** Son aquellos que prestan servicios de estiba como transportistas manuales carretillas y triciclos. Las relaciones laborales de estos trabajadores se rigen por la Ley N.° 25047 y su reglamento el Decreto Supremo N.° 010-2011-TR.

o) **Otros trabajadores sujetos a regímenes especiales:** en nuestra frondosa y caótica legislación laboral, existe un numeroso sector de trabajadores sujetos a contratos de trabajo específicos, basados sobre todo en normas legales muy antiguas y que muchos de sus derechos se derivan de convenios colectivos; entre esta clase de trabajadores cabe mencionar a los obreros textiles, obreros destajeros, obreros panaderos, obreros peluqueros, marinos mercantes entre otros.

3.2.2. Deberes del trabajador

Las obligaciones del trabajador se derivan de la condición de subordinación jurídica en que debe prestar sus servicios, siendo las más importantes las siguientes:

a) Prestar personalmente sus servicios
b) Poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo durante la jornada laboral.

c) Obedecer a las órdenes del empleador, siempre que sean licitas y posibles de ejecutar.
d) Guardar confidencialidad de la información que conozca en ejercicio de sus labores.
e) Actuar de buena fe en todo su desempeño laboral.
f) Cumplir con las normas legales en materia de seguridad y salud en el trabajo así como los reglamentos y directivas que emita el empleador, al respecto.

El incumplimiento por el trabajador de sus obligaciones, faculta al empleador para que en uso del poder disciplinario con que cuenta le imponga sanciones que pueden llegar hasta el despido, si cometiera una falta grave prevista en el artículo 25 del TUOLPCL.

3.3. El empleador

El empleador es la persona natural o jurídica, patrimonio autónomo, entidad asociativa, con o sin fines de lucro y de naturaleza privada o pública, a favor de quien el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración.

Si el empleador es una persona natural deberá tener capacidad de ejercicio, si fuere una persona jurídica deberá estar constituida e inscrita en los registros correspondientes conforme a la normatividad que le resulte aplicable.

El empleador tiene obligaciones de carácter administrativo frente a las autoridades competentes y de carácter laboral frente a sus trabajadores.

3.3.1. Obligaciones de registro

El Decreto Supremo No. 3 DT de agosto de 1956, organizó en la entonces Dirección de General de Trabajo, el registro nacional de centros de trabajo, que debía reunir todos los datos concernientes a la actividad general de las empresas y la relación de su personal directivo, con sus empleados y obreros.

Actualmente las empresas, por el solo mérito de su inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) que otorga la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), salvo que disposiciones legales expresas dispongan lo contrario, obtendrán en forma automática su registro en los

ministerios competentes, así como las autorizaciones y permisos o licencias sectoriales necesarias para iniciar sus actividades (artículo 3.° de la Ley N.° 26935).

a) Registro de empresas y entidades que realizan actividades de intermediación laboral

Las empresas que realizan actividades de intermediación laboral deben inscribirse obligatoriamente en el registro creado por la Ley N.° 27626 a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo del lugar donde la entidad tenga señalado su domicilio. La inscripción debe realizarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la localidad donde se encuentre la sede principal de la entidad (artículo 8.° del Decreto Supremo N.° 003-2002-TR).

b) Registro de empresas y entidades que realizan actividades de tercerización laboral

Las empresas que realizan actividades de tercerización laboral deben inscribirse, obligatoriamente, en el registro creado por la Ley N.° 29245 a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo del lugar donde desarrollan labores, como requisito indispensable para el inicio y desarrollo de sus actividades.

Para efectos de esta inscripción el plazo es de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha de su constitución, quedando sujeta la vigencia de esta autorización a la subsistencia de su registro (artículo 8.° de la Ley N.° 29245).

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 11312-2016 JUNIN, del 11 de octubre de 2018, ha establecido que la no inscripción en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, no es causal para que los contratos se desnaturalicen, no obstante, ello se produciría siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en el artículo 5.° del Decreto Supremo N.° 006-2008-TR.

c) Registro de micro y pequeñas empresas

Las micro y pequeñas empresas deben registrarse en el REMYPE a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Se considera microempresa aquella que emplea entre 1 y 10 trabajadores y sus ventas anuales llegan hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Se considera pequeña empresa aquella que emplea entre 1 y 100 trabajadores y cuyas ventas anuales no sobrepasan el monto de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

d) Registro de empresas contratistas mineras

De conformidad con el artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 005-2008-EM, para el inicio de sus actividades las empresas contratistas mineras deberán contar previamente con la inscripción expedida mediante resolución directoral por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, sin cuyo requisito los trabajadores serán imputados a la empresa titular de la concesión donde operan.

3.3.2. El grupo de empresas como empleador

En cuanto a lo que debe entenderse por grupo de empresas, ARCE (2008: 113) nos dice lo siguiente:

> «El grupo de empresas no es otra cosa que varias empresas, jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general común. Esto es, la interrelación de unidades empresariales autónomos en torno a una dirección unitaria. Si se quiere, en oposición a la estructura empresarial simple, se trata de un centro múltiple de actividades empresariales. Hay pluralidad de actividades empresariales, a diferencia de la empresa tradicional cuya actividad es siempre única. En algunas ocasiones el grupo podrá conformarse por subordinación y en otras por coordinación. En el primer tipo, las empresas que forman el grupo obedecen a una empresa matriz que personifica la dirección unitaria. No hay poder de negociación de aquellas sobre las directivas emanadas de esta última. En cambio, en el segundo tipo, las empresas que conforman el grupo no se someten al designio de ninguna de las otras empresas. Todas negocian conjuntamente las decisiones de la dirección unitaria. Resulta imprescindible, por eso, poner el acento en la pluralidad de empresas más que en la pluralidad jurídica, dado que esta última bien puede encubrir supuestos grupos ficticios o fraudulentos. En el caso de estos falsos grupos, lo que se busca es fragmentar arbitrariamente en distintas personas jurídicas lo que en verdad es una única actividad empresarial. De ahí que, el requisito de la

personalidad jurídica de las empresas que conforman la agrupación, es un requisito que por ser formal resulta necesario, aunque no suficiente para determinar la presencia de un grupo de empresas».

El derecho positivo de nuestro país aún no tiene una regulación expresa del grupo de empresas como empleador, sin embargo, tenemos algunos casos concretos en que las ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido la responsabilidad solidaria de los grupos de empresas como pasaremos a ver a continuación.

i) Casación Laboral N.° 10759-2014 LIMA del 09 de marzo de 2015

Se trató del caso de un trabajador que, bajo un fraudulento contrato de locación de servicios, que en realidad era un contrato de trabajo, prestó servicios indistintamente para las empresas de un grupo económico, por lo que, correspondió al grupo de empresas abonar solidariamente el pago de beneficios sociales al actor, a pesar que cada empresa tenía personalidad jurídica propia y autonomía de funcionamiento.

ii) Casación Laboral N.° 4871-2015 LIMA del 29 de marzo de 2016

Se trató de un caso de un accidente de trabajo en que se determinó que existía solidaridad en las obligaciones laborales, no solo cuando se configuren los supuestos previstos en el artículo 1183.° del Código Civil, sino, además, en los casos en que exista vinculación económica o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.

3.3.3. Deberes del empleador

El empleador frente al trabajador tiene numerosas obligaciones , siendo las más importantes las siguientes:

a) Abonar la remuneración al trabajador en el monto pactado y nunca por debajo de la remuneración mínima vital.
b) Cumplir con las obligaciones que tenga con el trabajador derivadas del contrato de trabajo o de convenios colectivos.
c) Garantizar la seguridad y salud de los trabajadores dentro del ámbito de la relación laboral.

d) Respetar el vínculo laboral, salvo los casos que, por vencimiento de contrato o por causa justa corresponda darlo por terminado.
e) Respetar los derechos constitucionales del trabajador así como su dignidad en el trabajo.
f) Cumplir las normas legales en materia de relaciones laborales y de seguridad social.

El incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones puede originar que la Autoridad Administrativa de Trabajo le imponga sanciones de carácter administrativo.

Actualmente, de acuerdo con el Título IV de la Ley No.28806, Ley General de Inspección del Trabajo, el Título III del Decreto Supremo No.019-2006-TR y la Ley No.29981 ,la SUNAFIL , es el órgano administrativo del Estado encargado de supervisar, vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y contractuales en el orden sociolaboral así como de imponer las sanciones respectivas por la infracción de dicho orden.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Los elementos del contrato son aquellos presupuestos indispensables para que el mismo exista.

En la doctrina encontramos diversas formas de clasificar los elementos de los contratos, la mayoría de ellas aplicables a los contratos civiles; sin embargo, nosotros, para efectos del Derecho del trabajo, estableceremos como elementos del contrato de trabajo los siguientes: elementos generales, elementos esenciales y complementarios.

4.1. Elementos generales

Son aquellos que deben estar presentes en todo tipo de contratos, cualquiera sea su naturaleza, su ausencia no permite que el contrato exista.

Estos elementos comunes son: el consentimiento, el objeto y la forma.

a) El consentimiento

Es la manifestación de voluntad de las partes que exteriorizan su intención interna de contratar, creando, modificando o extinguiendo obligaciones.

Respecto a la manifestación de voluntad, el artículo 141.° del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1384, legisla lo siguiente:

> **«Artículo 141.- Manifestación de voluntad**
> La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.
> Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.
> No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario».

En el contrato de trabajo, el consentimiento se forma de la confluencia de dos voluntades: la del trabajador de brindar sus servicios y la del empleador de abonarle una remuneración. Constituye un vínculo que une la voluntad de las partes, el mismo que no puede faltar, tanto más, si tenemos en cuenta que los intereses de ambas partes son contrapuestos.

En el contrato de trabajo el consentimiento debe ser libre sino no existirá contrato. El consentimiento puede manifestarse en forma expresa o tácita, cuando es expresa, se puede efectuar de manera verbal, escrita o utilizando las nuevas tecnologías de las comunicaciones; cuando es tácita se infiere de conductas o comportamientos de las partes.

La manifestación de voluntad expresa de celebrar un contrato de trabajo puede ser verbal en el caso de los contratos a plazo indeterminado, para los cuales, la ley no exige forma escrita pudiendo ser verbales; por otra parte, será escrita en el caso de los contratos sujetos a modalidad o ciertos contratos de regímenes especiales, en los cuales la ley exige dicha formalidad.

También podrá utilizarse la tecnología de la información y las comunicaciones, tal como ocurre en el caso del trabajo remoto, en el cual, el empleador, mediante una comunicación cursada a través

de soportes digitales, tales como el correo electrónico institucional o corporativo, aplicaciones de mensajería instantánea, redes sociales o análogos, puede comunicar al trabajador modificaciones en el contrato de trabajo, respecto de la forma de prestar sus servicios, pues, así lo permite el artículo 5.° del Decreto Supremo N.° 010-2020-TR.

No es concebible que el contrato de trabajo pueda carecer de la aceptación, sobre todo por parte del trabajador, pues, el literal b) del inciso 24 del artículo 2.° de la Constitución prohíbe la esclavitud y la trata de seres humanos, igualmente, el cuarto párrafo del artículo 23.° de la misma Carta Magna establece, textualmente, que: «Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento».

De presentarse una situación en que el trabajador fuera obligado a prestar sus servicios sin retribución o sin su libre consentimiento, estaríamos frente a un caso de trabajo forzoso.

En nuestro ordenamiento jurídico, el trabajo forzoso se encuentra sancionado como delito en el artículo 168.°-B del Código Penal, modificado por la Ley N.° 30924, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de marzo de 2019.

También debe tenerse en cuenta que, en la celebración de un contrato de trabajo de cualquier tipo o modalidad, nunca se aceptará como válida alguna manifestación de voluntad que implique renuncia a derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por contravenir el inciso 2 del artículo 26.° de la Constitución Política del Perú.

b) El objeto

En la doctrina se discute si el objeto del contrato es la promesa de laborar o la actividad ejecutada, es decir, la prestación.

Según MARTIN (2008: 485), el objeto del contrato de trabajo, está constituido: «(...) por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado».

Por su parte, GOMEZ (2016: 313), nos dice: "El objeto del contrato lo brindan la prestación personal del trabajo subordinado a cargo del trabajador, siempre que sea lícito y la retribución que, por el trabajo, efectúa el empleador

por ser este contrato sinalagmático y oneroso por antonomasia: el objeto del contrato de trabajo es, en sustancia, la prestación del servicio a cambio de una remuneración».

Para RENDÓN (2000: 38) «El objeto del contrato de trabajo consiste, para una de las partes, el trabajador, en la entrega de su fuerza o capacidad de trabajo que se empleará en el trabajo; y, para la otra, el empleador, en el pago de la remuneración, obligación que tiene el carácter de contraprestación».

Por nuestra parte, opinamos que el objeto del contrato de trabajo por parte del trabajador, es la prestación personal lícita y posible jurídicamente de toda clase de servicios, siempre que los mismos no atenten contra las normas de orden público, las buenas costumbres o cualquier norma de carácter imperativo; mientras que por parte del empleador, el objeto será el pago de la remuneración y el cumplimiento de lo dispuesto por las normas laborales de carácter legal o convencional.

La doctrina y la legislación son pacíficas en aceptar que si el objeto del contrato no se ejecuta por causa atribuible a la voluntad del empleador, este último sigue obligado al pago de la remuneración por los días en que no se ha podido ejecutar el contrato de trabajo.

c) La forma

En un sentido amplio, la forma es la manera como se exterioriza la voluntad de las partes para que pueda tener trascendencia en el mundo del derecho. El contrato no podrá existir válidamente si las partes no exteriorizan de manera verbal, escrita o tácita su conformidad con el perfeccionamiento del mismo.

En un sentido estricto, la forma es un medio concreto y determinado mediante el cual las partes exteriorizan su voluntad de celebrar un contrato. Esto no significa que la forma prime sobre el consentimiento, sino que, en ciertos contratos, además de cumplirse los requisitos exigidos para la validez de cualquier tipo de contrato, deberá cumplirse, adicionalmente, con la forma exigida por la ley bajo sanción de nulidad.

En el ámbito del Derecho del trabajo tenemos que, de conformidad con el artículo 4.° del TUOLPCL, la forma en los contratos de trabajo puede ser verbal o escrita. Será verbal o escrita en los contratos a plazo indeterminado, mientras

que, necesariamente, será escrita en los contratos a tiempo parcial, los contratos sujetos a modalidad y los contratos especiales que así lo exija la ley.

En nuestro país, los principales contratos de trabajo que se celebran de manera escrita son los siguientes:

i) Contrato a tiempo parcial, último párrafo del artículo 4.° del TUOLPCL.
ii) Contrato sujeto a modalidad, Título II del TUOLPCL.
iii) Contrato a trabajo domicilio, artículo 96.° del TUOLPCL.
iv) Contrato de trabajo de extranjeros, artículo 5.° del Decreto Legislativo N.° 689.
v) Contrato de trabajo de futbolistas profesionales, artículo 5.° de la Ley N.° 26566.
vi) Contrato de trabajo para empresas de exportación no tradicional, artículo 32.° del Decreto Ley N.° 22342.
vii) Contrato de trabajo agrario, artículo 5.° del Decreto Supremo N.° 005-2021-MIDAGRI.
viii) Contrato de trabajo de acuicultores, Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N.° 1195.
ix) Contrato de trabajo de artistas, artículo 40.° de la Ley N.° 28131.
x) Contrato de teletrabajo, artículo 1.° del Decreto Supremo N.° 017-2015-TR.
xi) Contrato de trabajo doméstico, artículo 5.° de la Ley N.° 31047.

El Decreto Legislativo No.1246, ha suprimido la obligación de registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de los contratos sujetos a modalidad; estableciendo en su lugar que dicha Autoridad podrá ordenar la verificación de los requisitos formales de estos contratos, a efecto de verificar si existe simulación o fraude en los mismos, sin perjuicio de la multa que s e puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.

4.2. Elementos esenciales

Son aquellos indispensables para la existencia del contrato de trabajo como tal, permitiendo diferenciarlo de contratos de distinta naturaleza. La doctrina

admite mayoritariamente que estos elementos son: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

a) Prestación personal del servicio

Por el contrato de trabajo el trabajador se compromete a prestar sus servicios al empleador por sí mismo, no cabe la posibilidad que pueda subcontratar total o parcialmente su labor o que designe a un tercero para que lo reemplace en la ejecución del contrato, aun cuando este último tuviese sus mismas o mejores calidades técnicas o profesionales.

La obligación asumida por el trabajador es personalísima, siendo el único deudor de la prestación de trabajo.

Si por cualquier circunstancia el trabajador tuviere que ser sustituido en sus funciones por otra persona, esta tendrá una nueva relación laboral y no podrá considerarse que su labor constituya una continuación del vínculo contractual que tuvo el servidor a quien reemplaza.

Sobre la prestación personal de los servicios el artículo 5.° del TUOLPCL legisla lo siguiente:

«Artículo 5.- Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores».

Nuestra legislación no reconoce relación laboral alguna, salvo pacto en contrario, cuando exista prestación personal de servicios por parte de parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente. Tampoco genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge (Segunda Disposición, Complementaria, Transitoria y Derogatoria del TUOLPCL).

b) La remuneración

La remuneración, conocida también como salario, es todo pago en dinero o, excepcionalmente, en especie, que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo.

La remuneración es un elemento esencial del contrato de trabajo, pues, resulta inadmisible una relación sin que exista la misma, más aún, si tenemos en cuenta que de acuerdo con el cuarto párrafo del artículo 23.° de nuestra Carta Constitucional «Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento».

Sobre la remuneración el artículo 6.° del TUOLPCL, modificado por la Ley N.° 28051 legisla lo siguiente:

> «Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efectos de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro directo».

Sobre el concepto de remuneración la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Socia Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 16514-2016 LIMA de fecha 13 de enero de 2017, ha señalado lo siguiente:

> «Noveno: Concepto de remuneración.
> Previo análisis de las causales declaradas procedentes, debemos señalar que la remuneración es todo pago en dinero o excepcionalmente en especie, que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo. El concepto de remuneración comprende no solo la remuneración ordinaria sino todo otro pago cualquiera que se otorgue cualquiera sea su forma o denominación que se le dé, salvo que por norma expresa se le niegue tal calidad.
> El artículo 24° de nuestra Constitución Política ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa

y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente, la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad. Como consecuencia de este derecho se puede: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servir de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales.

En cuanto a los conceptos que conforman la remuneración, el artículo 1° del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, debidamente ratificado y suscrito por el Perú, ha señalado que la remuneración "(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último", noción que refleja una concepción totalizadora de la remuneración establecido en la Constitución».

La remuneración que perciba el trabajador no podrá ser inferior , a la mínima establecida por norma legal. Al respecto el tercer párrafo del artículo 24 de la Constitución del Estado legisla lo siguiente: " Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores."

c) La subordinación

La subordinación es el elemento esencial más importante del contrato de trabajo, pues, su ausencia origina que no se configure el mismo.

La subordinación está relacionada al deber que tiene el trabajador de poner a disposición de su empleador su fuerza de trabajo para ser dirigida por este en los términos acordados, conforme a la ley, convenio colectivo o costumbre.

Debe quedar claro que la subordinación a que está sometido el trabajador es de orden jurídico, constituyendo un poder de disposición sobre la fuerza de trabajo del servidor, pero no sobre su persona, debiendo efectuarse esta disposición solamente para atender las necesidades, objetivos y funcionamiento del centro de trabajo.

Sobre la subordinación, el artículo 9.° del TUOLPCL legisla lo siguiente:

> «Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
> El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo».

La subordinación permite ejercer al empleador el poder de dirección, por el cual está facultado para organizar el trabajo de acuerdo a las necesidades de la empresa, tal es así, que puede modificar la forma como se realicen las labores, pero sin incurrir en una actitud que constituya abuso del derecho.

Es de resaltar, que el hecho que los servicios sean prestados de manera subordinada no implica siempre que el patrono tenga que indicar al trabajador como deben ejecutarse las labores, pero, sí resulta indispensable que le precise cuales son las mismas.

Por lo general, tratándose de trabajadores de menor jerarquía las órdenes son muy específicas, pero, en el caso de trabajadores de dirección o de confianza, las órdenes del empleador suelen ser de carácter más genéricas, pues, mayormente constituyen directivas de carácter general.

La subordinación concede también al empleador poder disciplinario sobre el trabajador, lo que resulta razonable, pues, sin este poder no podría desarrollar su actividad empresarial ni ejercer su poder de dirección; sin embargo, el poder disciplinario patronal no es ilimitado, sino que debe ser ejercido con razonabilidad,

caso contrario, el trabajador podrá cuestionar ante la autoridad competente su uso desmedido y/o abusivo. Además, todo procedimiento de sanción debe efectuarse respetando el debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver con fecha 07 de octubre de 2015, la Casación Laboral N.° 7145-2014 Arequipa, ha sostenido que se debe tener en cuenta que la potestad disciplinaria del empleador es una facultad discrecional; por ello, el resultado de una sanción en el procedimiento de despido debe aplicarse respetando las garantías formales de un procedimiento de despido.

Creemos que el ejercicio del poder disciplinario del empleador tiene que sujetarse a las reglas del debido proceso, aun cuando la parte patronal sea una entidad privada, pues, este criterio ya ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 13 de su sentencia del 16 de enero de 2012, recaída en el Expediente N.° 04944-2011-PA/TC.

En consecuencia, los poderes del empleador no son ilimitados. El Decreto Supremo N.° 013-2006 TR, por la vía reglamentaria, ha realizado las precisiones siguientes al artículo 9.° del TUOLPCL:

> «**Artículo 2.- Precisión normativa**
> Precísese que el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, no puede ser interpretado en el sentido que permita al empleador modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera la libertad sindical».

4.3. Los elementos complementarios

Son aquellos cuya presencia no se requiera para la validez o existencia del contrato de trabajo, pero, que ayudan a diferenciar entre unos contratos de trabajo y otros de la misma naturaleza.

Estos elementos son: la duración de la relación laboral, duración de la jornada de trabajo, el número de empleos y el lugar de trabajo.

Los elementos complementarios contribuyen a determinar la laboralidad de una relación o son requisitos para el disfrute de determinados beneficios laborales.

En el primer caso, contribuyen a calificar una relación como de carácter laboral, cuando alguno de los elementos esenciales no se acredita con plenitud. En el segundo caso, el goce de ciertos beneficios está condicionado a la presencia de determinado elemento típico.

5. DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La duración es el tiempo durante el cual se ejecutará el contrato de trabajo. El contrato de trabajo puede celebrarse libremente a plazo indeterminado sin fecha de terminación o sujeto a un plazo preestablecido, esto dependerá del tipo de servicios que se pretenda contratar, como es el caso de los contratos sujetos a modalidad, en los cuales se prevé de antemano su duración.

De acuerdo al TULPCL los plazos máximos de duración de los contratos sujetos a modalidad son los siguientes:

Contrato por inicio de actividad: su duración máxima es de tres años (TUOLPCL, artículo 57).

Contrato por necesidades del mercado: su duración máxima es de cinco años (TUOLPCL, artículo 58).

Contrato por reconversión empresarial: su duración máxima es de dos años (TUOLPCL, artículo 59).

Contrato ocasional: su duración máxima será de seis meses al año (TUOLPCL, artículo 60).

Contrato de suplencia: su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias no pudiendo exceder de cinco años (TUOLPCL, artículos 61 y 74).

Contrato de emergencia: su duración será la de la emergencia, no pudiendo exceder de cinco años (TUOLPCL, artículo 62 y 74).

Contrato para obra determinada o servicio específico: su duración será la que resulte necesaria sin exceder de cinco años (TUOLPCL, artículos 63 y 74).

Contrato intermitente: carece de plazo máximo y no le resulta aplicable el tiempo límite de duración de cinco años (Cas.Lab. No.13816-2017 DEL SANTA del 28 de noviembre de 2019, y sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de junio de 2011 recaída en el Expediente No.01209-2011-PA/TC).

Contrato de temporada: carece de plazo máximo, pues, se sujeta a la duración de la temporada y no le alcanza el plazo máximo de cinco años, pues, si el trabajador fuera contratado por dos temporadas consecutivas o tres alternativas tendrá derecho a ser recontratado en las temporadas siguientes (TUOLPCL, artículos 67 y 68).

6. DIFERENCIA CON OTROS CONTRATOS

Existen otros contratos que guardan cierta similitud con el contrato de trabajo con los que resulta necesario establecer las diferencias.

a) **Contrato de locación de servicios:** según el artículo 1764 del Código Civil, en esta clase de contrato el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, aprestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.
La diferencia fundamental entre el contrato de locación de servicios y el de trabajo es la ausencia de subordinación.

b) **Contrato de mandato:** según el artículo 1790 del Código Civil, por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.
La diferencia principal entre el contrato de trabajo y el contrato de mandato, radica en que si bien en el primero el trabajador puede realizar ciertos actos por cuenta de su empleador, no es este el objeto principal del contrato; por el contrario en el mandato el objeto del contrato es que el mandatario realice actos jurídicos en representación de su mandante, los mismos que no solo comprenden los encargados por el contrato sino también todos aquellos otros necesarios para su cumplimiento, tal como se prevé en el artículo 1792 del Código Civil.

c) **Contrato de obra:** según el artículo 1771 del Código Civil, por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución.
La diferencia principal entre el contrato de trabajo y el contrato de obra, está en autonomía que tiene el contratista para que, respetando las características pedidas por el comitente respecto de la obra contratada, ejecutar sus servicios con independencia y aplicando los conocimientos de la ciencia, arte u oficio que posee.

7. NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

Siendo todo contrato de trabajo un acto jurídico, su nulidad se producirá cuando se presente alguna de las causales de nulidad del acto jurídico previstas en el artículo 219.° del Código Civil, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1384, cuyo texto actualizado ha quedado redactado en la forma siguiente:

> **«Artículo 219. Causales de nulidad**
>
> El acto jurídico es nulo:
>
> 1. Cuando falte la manifestación de voluntad del agente
> 2. Derogado
> 3. Cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminado.
> 4. Cuando su fin sea ilícito
> 5. Cuando adolezca de simulación absoluta
> 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
> 7. Cuando la ley lo declara nulo
> 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

En el caso del contrato de trabajo su nulidad debe ser analizada en tres momentos, antes del inicio de la prestación de servicios, durante la prestación de servicios y después de terminada la prestación de servicios.

Si no se ha iniciado la prestación de los servicios, la nulidad impide el nacimiento del vínculo laboral, por tanto, ni el trabajador tendrá la obligación de prestar sus servicios ni el empleador estará obligado a pagarle remuneración alguna.

Si la prestación de los servicios ya se ha iniciado, la nulidad opera ex nunc, su efecto es disolver el vínculo laboral a futuro, no pudiendo producir efectos retroactivos en perjuicio del trabajador.

Si la prestación de los servicios ya ha concluido, el empleador no podrá invocar la nulidad del contrato para sustraerse al cumplimiento de obligaciones que se generaron a favor del trabajador, así, por ejemplo, si le adeuda remuneraciones, gratificaciones u otros beneficios sociales deberá cancelarlos, aun cuando se originaron en un acto jurídico viciado de nulidad.

8. CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo presenta los caracteres siguientes:

Es **principal**, porque es un contrato con características propias, que existe por sí mismo sin necesidad de ninguna otra convención.

Es **bilateral**, porque participan dos partes, el empleador y el trabajador, cada una de las cuales asume obligaciones recíprocas respecto de la otra; el trabajador a prestar el servicio y el empleador a pagar la remuneración.

Es **consensual**, porque se perfecciona con la simple exteriorización de la voluntad positiva de las partes, la misma que puede ser verbal, escrita e incluso tácita.

Es **oneroso**, porque grava a cada una de las partes con prestaciones que implican una ventaja para la otra. El trabajador percibe una remuneración que le paga su empleador y este a la vez se beneficia con la fuerza de trabajo que el primero pone a su disposición.

Es de **tracto sucesivo**, porque la ejecución de las prestaciones no se produce en un solo instante sino a través del tiempo con carácter permanente.

Es **conmutativo**, porque cada parte conoce de antemano las prestaciones que debe cumplir y las que debe recibir.

Es **no formal**, porque en principio no se exige ninguna formalidad especial para que tenga validez, pudiendo celebrarse de manera verbal o escrita; debiendo resaltarse que incluso en los caos que la ley exige forma escrita, el no cumplimiento de este requisito no acarrea su nulidad, sino que produzca otros efectos jurídicos distintos a los originalmente atribuidos. Por ejemplo, un contrato sujeto a modalidad que no se celebra por escrito se desnaturaliza convirtiéndose en uno de naturaleza indeterminada, pero no deja de tener validez ni producir efectos jurídicos.

9. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO

El Estado, en cumplimiento de su función de velar por el adecuado cumplimiento de la normativa laboral, ha establecido sanciones de carácter administrativo para los empleadores que incumplan con sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Según el artículo 24 del Decreto Supremo No.019-2006-TR, Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo, modificado por el Decreto Supremo No.019-2007-TR, constituyen **infracciones graves** en materia de relaciones laborales, respecto del contrato de trabajo las siguientes:

> "24.4 No pagar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos convenios colectivos, laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley.
>
> .....
>
> 24.8 Modificación unilateral por el empleador del contrato y las condiciones de trabajo, en los casos que no se encuentre facultado para ello."

Según el artículo 25 del Decreto Supremo No.019-2006-TR, antes citado, constituyen **infracciones muy graves**, relacionadas con el contrato de trabajo:

> "25.1 No pagar la remuneración mínima correspondiente.
>
> .....
>
> 25.5 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la contratación a plazo determinado, cualquiera sea la denominación de los contratos, su desnaturalización, su uso fraudulento, y su uso para violar el principio de no discriminación.
>
> .....
>
> 25.7 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad en relación de dependencia, incluyendo aquellas actividades que se realicen por debajo de las edades mínimas permitidas para la admisión en el empleo, que afecten su salud o desarrollo físico, mental emocional, moral, social y su proceso educativo. En especial, aquellos que no cuentan con autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajos o actividades consideradas como peligrosos y aquellos que deriven en el trabajo forzoso y trata de personas con fines de explotación laboral."

Bibliografía

- ALONSO OLEA, Manuel y otro. (2000). Derecho del Trabajo. Madrid: Edit. Civitas.
- ARCE ORTIZ, Elmer. (2008). Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores.
- DE DIEGO, Julián (2004). Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 6ta. Edición. Editorial: Abeledo Perrot
- GARCIA MANRIQUE, Álvaro y otros (2015). Manual de Contratación Laboral. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2016). El Contrato de Trabajo, Tomo I. Lima: Adrus D & L Editores S.A.C.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. (2008). Derecho del Trabajo. Madrid: Edit. Tecnos.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2000). Derecho del Trabajo Individual. Lima: Ediciones Edial.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO VIII
CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Sumario: 1. Introducción. 2. Contratos a plazo indeterminado y a plazo determinado. 3. Contrato de trabajo a tiempo completo y tiempo parcial. 4. Contratos sujeto a modalidad. 5. Desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad. 6. Otros contratos sujetos a modalidad. 7. Caso especial del contrato con deportistas de alto nivel.

1. INTRODUCCIÓN

Tanto la doctrina como el derecho positivo admiten que el contrato de trabajo puede adoptar diversas modalidades, sea por razón de su continuidad en el tiempo, por la duración de la jornada laboral o por la naturaleza de los servicios a prestar, sin perder de vista aquellas clasificaciones que la propia ley impone.

En las siguientes líneas desarrollaremos las principales formas de clasificación del contrato de trabajo a partir de considerar su tratamiento por la legislación peruana.

Las clasificaciones materia de estudio serán las siguientes:

a) Contrato de trabajo a plazo indeterminado y a plazo determinado.
b) Contrato de trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial.
c) Contratos de trabajo sujetos a modalidad.
d) Contrato de trabajo para regímenes especiales

2. CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO INDETERMINADO Y A PLAZO DETERMINADO

El contrato de trabajo, por antonomasia, es el contrato por tiempo indefinido, en el cual, no se fija al momento de su celebración una fecha para su terminación; por lo tanto, superado el período de prueba de tres meses, el trabajador adquiere el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

De otro lado, los contratos a plazo determinado son aquellos que tienen como característica esencial que su duración ha sido establecida previamente por las partes, sea señalando un plazo fijo de duración (por ejemplo, un número de meses o años) o señalando que concluirán al término de una labor o actividad predeterminada (por ejemplo, al término de instalación de una maquinaria o de la licencia de otro trabajador). Lo trascendente es que las partes anticipadamente acuerdan que el contrato se extinguirá en cierto momento.

Los contratos de trabajo a plazo indeterminado se pueden celebrar en forma verbal o escrita, mientras que los contratos sujetos a plazo fijo deben celebrarse necesariamente por escrito sin limitación alguna (último párrafo, del artículo 4.°, del TUOLPCL).

3. CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO COMPLETO Y TIEMPO PARCIAL

La jornada completa es un elemento típico del contrato de trabajo, implica que el trabajador labore durante la jornada legal de ocho (08) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales, por el contrario, el contrato de trabajo a tiempo parcial implica que el trabajador desarrolle labores en una jornada inferior a la jornada ordinaria de ocho horas y que, por lo general, tiene una duración que no supera las cuatro (04) horas diarias de labores, pues, así los trabajadores contratados bajo esta modalidad no gozan de los mismos derechos laborales que tienen los trabajadores con jornadas mayores a cuatro horas diarias de trabajo.

Sobre los contratos a tiempo parcial, la Dirección de Políticas y Normativas de Trabajo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el Informe N.° **136-2018-MTPE/2/14.1 del** 26 de setiembre de 2018, ha llegado a las siguientes conclusiones:

"1. A un trabajador le resulta aplicable la contratación laboral a tiempo parcial, cuando su jornada de trabajo semanal dividida entre seis o cinco días, según sea la jornada de trabajo en la empresa, resulta en promedio inferior a las cuatro horas diarias.

2. El ordenamiento jurídico ha determinado que el goce de ciertos beneficios sociales, o su forma de aplicación, depende del cumplimiento de una jornada mínima de cuatro horas diarias de labor. Un trabajador alcanza las cuatro horas diarias mínimas de labor, si al dividir su jornada semanal entre seis o cinco días, según sea la jornada de trabajo en la empresa, el resultado es igual o mayor a cuatro horas.

3. Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas en su ejecución.

4. la celebración de contratos a tiempo parcial "sin limitación alguna" refiere a que las empresas tienen la posibilidad de contratar trabajadores a tiempo parcial sin limitación porcentual alguna con relación al total de trabajadores de la empresa. Asimismo, refiere a la ausencia de limitaciones a la libre y voluntaria elección de las partes por un contrato laboral cuya jornada sea a tiempo parcial, independientemente de que se trate de un contrato indeterminado o temporal".

4. CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD

4.1. Definición (artículo 53.° del TUOLPCL)

Son contratos que pueden celebrarse cuando lo requieran las necesidades del mercado o la mayor producción de la empresa; así como, cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que, por su naturaleza, pueden ser permanentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Republica, al resolver la Casación N.° 12740-2014-CUSCO, del 31 de agosto de 2016, ha definido los contratos sujetos a modalidad "como aquellos contratos atípicos, por la naturaleza determinada (temporales), y que se configuran sobre la base de las necesidades del mercado

o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza pueden ser permanentes".

Sobre las características más importantes de esta clase de contratos, la misma Casación N.° 12740-2014-CUSCO señala las siguientes:

a) Confieren a los trabajadores sujetos a esta forma de contrato los mismos derechos individuales y colectivos que tienen los trabajadores a plazo indeterminado.
b) En estos contratos hay que indicar la causa de la respectiva contratación no solo invocarla, dicha causa debe haberse configurado para que proceda la contratación temporal, o cuando menos, se debe encontrar ante el supuesto legal para la contratación de personal temporal.
c) El plazo máximo de cada modalidad tiene una duración en función de la causa temporal o simplemente el plazo máximo establecido por el legislador, sin que, en ningún caso, exceda de cinco años. Asimismo, es posible renovar los contratos a plazo fijo respetando el plazo máximo aplicable a cada modalidad de contratación.

Según el artículo 75.° del Reglamento, los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden ser celebrados por las organizaciones siguientes:

- Empresas privadas.
- Entidades privadas que no sean empresas.
- Empresas del Estado.
- Instituciones públicas cuyos trabajadores se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Sobre los contratos sujetos a modalidad, debemos decir que, actualmente, en nuestro medio subsisten estas modalidades de contratación temporal contempladas en el TUOLPCL, que no han llegado a constituirse en un real incentivo para el incremento del empleo, sino, por el contrario, en una forma de precarización del mismo, que colisiona con el texto constitucional, pues, muchas de estas formas de contratación constituyen un factor de desigualdad y explotación inaceptable en cualquier sociedad que se precie de fomentar el trabajo decente.

Partiendo de la premisa que la contratación a plazo indeterminado es la regla general y que la contratación modal debe ser la excepción, es posible creer que la regulación de los contratos sujetos a modalidad por la legislación peruana debe ser replanteada en el sentido de establecer límites a la misma.

Se deben establecer límites sobre los tipos de contratos y sobre las empresas que los celebran.

En cuanto los límites sobre los contratos, estos deben estar orientados a precisar la causalidad de la contratación, la duración de los contratos y la renovación de los mismos. En cuanto a los límites sobre las empresas, se debe restringir esta clase de contratación a ciertas actividades y limitar el número de trabajadores sujetos a ellas.

El TUOLPCL, en su Título II, bajo el epígrafe «De los contratos de trabajo sujetos a modalidad», reconoce expresamente nueve tipos de contratos, dejando, además, a salvo la vigencia de aquellas formas contractuales preexistentes a dicha norma, como es el caso de los contratos del régimen de exportación no tradicional, regulado por el Decreto Ley N.° 22342; así como, la posibilidad del reconocimiento de nuevas formas de contratación no previstas en la ley, siempre que su objeto fuese de naturaleza temporal y su duración adecuada al servicio a prestar.

De acuerdo con el TUOLPCL los contratos sujetos a modalidad pueden adoptar las formas siguientes:

Contratos de naturaleza temporal (artículo 54.°)

a) Contrato por inicio o lanzamiento de nueva actividad.
b) Contrato por necesidades del mercado.
c) Contrato por reconversión empresarial.

Contratos de naturaleza accidental (artículo 55.°)

a) Contrato ocasional.
b) Contrato de suplencia.
c) Contrato de emergencia.

Contratos para obra o servicio (artículo 56.°)

a) Contrato específico.

b) Contrato intermitente.
c) Contrato de temporada.

4.2. Contratos de naturaleza temporal (artículo 54.° del TUOLPCL)

Los contratos de naturaleza temporal son aquellos que están dirigidos a regular actividades que tienen una duración predeterminada en el tiempo o que su causalidad obedece a las necesidades transitorias de la entidad empleadora.

Esta clase de contrato puede adoptar tres submodalidades, el contrato por inicio o lanzamiento de nueva actividad, el contrato por necesidades del mercado y el contrato por reconversión empresarial, los cuales pasaremos a desarrollar a continuación.

4.2.1. Contrato por inicio o lanzamiento de actividad (artículo 57.° del TUOLPCL)

Esta clase de contrato de naturaleza temporal es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador en razón del inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres (03) años.

Por nueva actividad debemos entender tanto el inicio como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como, el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.

El artículo 76.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR, precisa que, para determinar cuáles son las nuevas actividades, se asumirá como referencia la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas.

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación N.° 14337-2014 ICA, del 24 de mayo de 2016, hace la diferenciación entre contratos de inicio o incremento de actividad y contratos por necesidades del mercado. Al respecto, el Supremo Tribunal nos dice que: "[...] se debe precisar que si bien la modalidad de los contratos de naturaleza temporal por incremento de actividad y por necesidad del mercado, pueden ser fácilmente confundidas, toda vez que ambas están relacionadas a atender el aumento de la actividad productiva; sin embargo su diferencia se circunscribe a su naturaleza, es decir, que la primera modalidad contractual radica en la contratación de trabajadores para asumir nuevas actividades o el aumento de las ya existentes, por el carácter incierto

que puede existir (incertidumbre), facilitando de ser el caso la extinción en caso de fracaso, motivo por el cual, solo pueden tener un período máximo de tres años; y la segunda modalidad contractual está referida a atender los incrementos coyunturales de la producción, los cuales no pueden ser satisfechos con personal permanente del centro laboral, situación que se origina por las variaciones sustanciales de la demanda. Es así, que tiene un plazo máximo de cinco años".

GACETA JURIDICA (2019) recoge pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sobre casos concretos en que es válida la celebración de contratos por incremento de actividades.

- Incremento de actividades en área de mantenimiento de mina, STC N.° 04268-2010-PA/TC.
- Incremento de la actividad pesquera por incremento sustancial de la descarga de pescado, STC N.° 01479-2011-PA/TC.
- Incremento de labores de logística, STC N.° 04790-2013-PA/TC.
- Incremento de actividades de producción, STC N.° 00159-2013-PA/TC (pp. 140-144).

En cuanto a la desnaturalización de los contratos por inicio de actividad, AURIS (2018) cita algunas ejecutorias que a continuación transcribimos:

> "§ 1534. Los **contratos modales por inicio o incremento de actividad no pueden ser parte de las actividades permanentes de la empresa empleadora. 4.** [...] [La] parte emplazada no cumplió con la exigencia legal de "especificar la causa objetiva que justifica la contratación temporal", requisito que resulta de imperiosa necesidad para la validez de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, según lo prescribe el artículo 72° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR. **5.** Debe resaltarse que otro elemento que corrobora la desnaturalización de los contratos de trabajo por inicio de actividad es que conforme a lo estipulado en el contrato y a lo expuesto tanto por el demandante como por la parte emplazada, el recurrente contratado inicialmente para efectuar la labor de auxiliar de personal y logística; sin embargo, posteriormente [...] fue designado para cumplir labores en la unidad de cartera no tributaria. **7.** Siendo así,

se comprueba fehacientemente que la parte emplazada contrató de manera temporal al demandante para encubrir una relación laboral, que por la naturaleza de los servicios prestados corresponde a una actividad permanente. (Exp. N.° 01884-2011-PA/TC [Caso *Oswaldo Martín Espino Matta*], de 08-03-2012 [Web: 30-03-2012], ff. jj. 4, 5 y 7. Texto completo: <bit.ly/2svlvNk>).

§ 1535. **El contrato por inicio o incremento de actividad, necesariamente requiere de justificación clara y precisa de la contratación temporal. 7.** [...] [El] Tribunal considera que en el contrato [de trabajo por incremento de actividad] no se ha considerado la causa objetiva que justifica la contratación temporal del demandante, pues no se señala en forma clara y precisa qué actividad de la Sociedad emplazada ha sido incrementada para que se justifique su contratación temporal. La referencia consignada en el citado texto es vaga y solo hace referencia a la existencia "de una serie de proyectos", sin proporcionar información relevante que permita establecer que en efecto existió una causa objetiva en el presente caso que podría justificar una contratación modal y no una a plazo indeterminado [...]. (Exp. N.° 00100-2011-PA/TC [Caso *Marco Antonio Dávila Jiménez*], de 26-05-2011 [Web: 21-06-2011 / EP: 27-07-2011], f. j. 7. Texto completo: <bit.ly/2Lb1bsy>).

§ 1536. **En el contrato modal es necesario especificar de manera concreta el nuevo requerimiento contractual por incremento de actividad. 5.** [...] [No] es suficiente que el contrato celebrado consigne la modalidad contractual, sino que en el mismo se especifique de manera concreta el nuevo requerimiento contractual por incremento de actividad, es decir que se establezca la causa objetiva que justifique la contratación temporal, necesidades distintas para las que fue contratado inicialmente, lo cual no ha sucedido en el presente caso. (Exp. N.° 02055-2010-PA/TC [Caso *José Ricardo Chavarri Machuca*], del 30-09-2011 [Web: 02-11-2011 / EP: 15-03-2012], f. j. 5. Texto completo: <bit.ly/2svqzk>" (pp. 492-493).

A manera de conclusión, podemos afirmar que en esta clase de contratos es un requisito indispensable el consignar, expresamente, cual es la actividad que

ha sido incrementada para justificar la contratación temporal, caso contrario, se considerará que el contrato ha sido celebrado fraudulentamente.

4.2.2. Contratos por necesidades del mercado (artículo 58.° del TUOLPCL)

Es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con el personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término de cinco (05) años.

Al igual que en el contrato por inicio o incremento de actividad, la celebración de esta clase de contrato debe ser justificada objetivamente, debiéndose acreditar que existe un incremento temporal o imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

Sobre los contratos por necesidades del mercado, el autor ARCE (2008) opina lo siguiente:

> "En principio, este es otro de los contratos temporales que se han utilizado mucho en necesidades transitorias de las empresas. Al igual que el concepto tradicional de contrato de obra o servicio determinados, el contrato por necesidades de mercado opera solo en actividades no permanentes o no estables de la empresa. Es cierto que, como dice el artículo 58° de la LPCL, puede actuar en tareas "ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa"; sin embargo, su excepcionalidad reside en que la necesidad de incremento productivo es solo transitoria. Tanto es así, que la variación de la demanda en el mercado no puede ser satisfecha por el personal contratado a tiempo indefinido. En consecuencia, la utilización de ese contrato procede en actividades extraordinarias, transitorias o eventuales de las empresas, aunque estas tengan que ver con tareas relacionadas al giro empresarial. Por ejemplo, una empresa dedicada a la distribución de alimentos a ciertas cadenas comerciales se da

cuenta que la demanda de estos productos aumenta, por lo que podrá recurrir al contrato por necesidades del mercado con el fin de reforzar momentáneamente su personal" (pp. 66-67).

Sobre los contratos por necesidades del mercado, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N.° 05010-2009-AA, del 31 de mayo de 2010, en sus fundamentos 6 y 7, ha sostenido lo siguiente:

"6. El contrato de trabajo por necesidades del mercado es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la existencia de una causa objetiva de carácter temporal, ocasional, transitoria, que implique una necesidad de la empresa de aumentar la productividad de la misma; esto es, que para determinar su celebración se deberá precisar en qué consiste la variación coyuntural de la demanda del mercado, que genere la necesidad de temporal de contratación de personal, por no poder satisfacer esa necesidad con personal permanente, pudiendo inclusive contratar para desempeñar labores ordinarias o propias del empleador, de conformidad con el artículo 58 del Decreto Supremo 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.° 728.

7. Por consiguiente, si en los contratos de trabajo por necesidades del mercado no se señala la causal objetiva originada en una variación sustancial de la demanda, o, al señalarse dicha causal, esta no posee un carácter coyuntural o temporal, sino más bien permanente, debe entenderse que dichos contratos han sido simulados y, por ende, desnaturalizados, por lo que debe partirse por analizar la naturaleza de la causa objetiva de los contratos de trabajo por necesidades del mercado".

Sobre esta clase de contratos, la Corte Suprema de Justicia de la Republica al resolver la Casación N.° 9454-2014 ICA del 03 de agosto de 2016, ha sostenido lo siguiente:

"Los contratos por necesidad de mercado, solo se podrá contratar con un plazo máximo de cinco años a trabajadores, a fin de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones

sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente .En estos contratos debe constar la cusa objetiva que justifique la contratación temporal ,la cual debe sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva ,con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional".

4.2.3. Contrato por reconversión empresarial (artículo 59.° del TUOLPCL)

Es aquel celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa y, en general, toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos (02) años.

Opinamos que el contrato por reconversión empresarial se justifica, porque, permite la incorporación de personal calificado que contribuirá a modernizar la unidad productiva e introducir el uso de las nuevas tecnologías.

4.3. Contratos de naturaleza accidental (artículo 55.° del TUOLPCL)

Esta clase de contratos pueden adoptar tres modalidades que a continuación se describen.

4.3.1. Contrato ocasional (artículo 60.° del TUOLPCL)

Es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis (06) meses al año.

Este contrato busca satisfacer una necesidad extraordinaria que no es habitual en la empresa, por lo que, requiere contratar trabajadores para atenderla.

La justificación objetiva para celebrar este tipo de contrato radica en el hecho que la empresa, en su planilla de trabajadores permanentes, no cuenta con el personal calificado para realizar esa labor especial que ha surgido con carácter temporal, por lo que, se ve obligada a contratarlo. Así, por ejemplo, sería el caso

de la instalación de un programa informático de contabilidad, para lo cual es necesario contratar a personal especializado en dicho software que desempeñe dicha función, mientras el personal permanente es capacitado en su utilización, a efectos que no se vea perjudicada la actividad administrativa de la empresa.

4.3.2. Contrato por suplencia (artículo 61.° del TUOLPCL)

Es aquel celebrado entre el empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable dentro de la empresa cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo.

Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias.

En tal caso, el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva el derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato por suplencia.

En esta modalidad de contrato también se encuentran comprendidas las coberturas de puestos de trabajo estable cuyo titular, por razones de orden administrativo, debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo.

Sobre la desnaturalización de este tipo de contrato, TOYAMA y VINATEA (2017) nos dicen lo siguiente:

> "Mediante sentencia recaída el pasado 30 de junio de 2010, en el Expediente N° 03279-2009-PA/TC, el TC señaló que, en consideración a que el objeto del contrato de suplencia es el reemplazo de un trabajador determinado; la rotación del trabajador contratado a diversas áreas o para diferentes funciones, denota que se ha simulado el contrato sujeto a modalidad para encubrir uno de plazo indeterminado. De otro lado, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 04386-2013-AA/TC, de fecha 23 de junio de 2014, el TC también se ha pronunciado indicando que la suscripción de un contrato de suplencia que permite la posibilidad de trasladar al trabajador suplente a un lugar de trabajo distinto de aquel en que el trabajador suplido prestaba sus servicios, no genera per se su desnaturalización.

> Con base en lo expuesto, la desnaturalización se produce cuando el trabajador suplente no desempeña el puesto y funciones que correspondían al trabajador sustituido, para el cual fue contratado. La falta de renovación del contrato de trabajo temporal de suplencia daría lugar a una afectación al derecho al trabajo del trabajador" (pp. 21-22).

Al igual que en los otros contratos sujetos a modalidad, para que este tipo de contratos produzca los efectos que se le atribuyen es requisito indispensable que se acredite objetivamente su causa de contratación, caso contrario, se desnaturalizan.

Los contratos de suplencia se desnaturalizan fundamentalmente por dos razones: i) porque el trabajador contratado bajo esta modalidad es dirigido a realizar labores que no son las estipuladas en el contrato; ii) porque al concluir el contrato de suplencia para el que fue contratado, el trabajador continúa desempeñando funciones en la empresa, no obstante, ha desaparecido la causa de su contratación.

4.3.3. Contrato de emergencia (artículo 82.° del TUOLPCL)

Es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor, coincidiendo su duración con el hecho que originó la emergencia.

Según el artículo 78.° del Reglamento, el caso fortuito o la fuerza mayor en el contrato de emergencia se configuran por su carácter inevitable, imprevisible e irresistible.

El caso fortuito y la fuerza mayor son ajenas a la voluntad de las partes. La primera, es atribuible a fenómenos naturales, tales como, inundaciones, terremotos, sequías, etc.; mientras que la segunda, se atribuye a los actos de la autoridad, tales como, la decisión de contratar más personal para atender una emergencia sanitaria, una distribución extraordinaria de víveres entre los sectores más necesitados de la población por razón de pandemia u otras situaciones análogas.

El objetivo de este contrato es permitir al empleador contratar temporalmente personal para atender los efectos de situaciones imprevisibles y extraordinarias.

4.4. Contratos para obra o servicio (artículo 56.° del TUOLPCL)

Esta clase de contratos pueden adoptar tres modalidades que a continuación se describen.

4.4.1. Contrato para obra determinada o servicio específico (artículo 63.° del TUOLPCL)

Son aquellos contratos suscritos entre un empleador y un trabajador con un objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria.

En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

De acuerdo con el artículo 79.° del Reglamento, en los contratos para obra o servicio específico deberá señalarse expresamente su objeto; es decir, la causa objetiva determinante de la contratación temporal, sin perjuicio que las partes convengan la duración del respectivo contrato, que solo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento de su objeto.

Respecto de esta clase de contratos SANGUINETI (2008) nos dice lo siguiente:

> "El artículo 63, al indicar que estos contratos son concertados "con objeto previamente establecido y de duración determinada", permite aclarar que, para justificar su celebración, la obra o servicio objeto de los mismos, además de presentar perfiles propios claramente identificables, deberá poseer un alcance ocasional o transitorio, distinguible de la actividad permanente de la empresa, que debe ser atendida por los trabajadores ligados a esta a través de un contrato por tiempo indefinido.
>
> La celebración de este contrato no procede, sin embargo, para la realización de cualquier clase de tareas de carácter específico y duración determinada, sino solamente respecto de aquellas que, teniendo de forma inequívoca tales características, formen parte de las actividades habituales de la empresa. Es decir, tareas que, integrándose dentro de las tareas ordinarias o normales, sean temporales per se, es decir, por su propia naturaleza y no debido a la concurrencia de factores

exógenos. Esto se debe a que "para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo" lo procedente es recurrir al contrato "ocasional". En tanto que para hacer frente a "incrementos coyunturales" de las "labores ordinarias que forman parte de la actividad normal de la empresa" está previsto el contrato "por necesidades de mercado". El único requisito para la aplicación de este contrato termina siendo, así, el descrito. El ejemplo más claro de tareas susceptibles de ser cubiertas a través de este contrato está constituido, de este modo, por las desarrolladas por las empresas de construcción, que se dedican a la ejecución de obras cuyo carácter intrínsecamente temporal impide que los contratos con su personal puedan celebrarse por tiempo indefinido" (pp. 74-75).

Este contrato es, en realidad, un contrato de trabajo particularizado para realizar determinada labor que tiene una duración determinada, a cuyo término debe concluir también el contrato.

4.4.2. Contrato intermitente (artículo 64.° del TUOLPCL)

Es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con la finalidad de cubrir las necesidades que se presentan en las actividades de la empresa que tienen naturaleza permanente, pero, no se producen de manera continua; es decir, que las necesidades se presentan mediando intervalos en los cuales no se requiere la prestación de servicios. Este tipo de contratos se efectúan con el mismo trabajador, quien goza del derecho de preferencia en la contratación.

Tal derecho puede ser consignado en el contrato de trabajo primigenio, no necesitando ser mencionado en las posteriores celebraciones de nuevos contratos o renovaciones, pues, de acuerdo con la norma materia de comentario, este derecho opera en forma automática.

Sobre este tipo de contrato debemos decir que si bien se encuentra dentro del capítulo concerniente a los contratos temporales sujetos a modalidad; su naturaleza es la de un contrato a plazo indeterminado, pues, las necesidades en las actividades de la empresa que son el motivo para su suscripción son permanentes, con la característica que se presentan de manera discontinua o intermitente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 01209-2011-AA, del 13 de julio de 2011, ha precisado lo siguiente:

> "2. En primer lugar cabe recordar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo se conforma por dos aspectos, el acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Asimismo conviene precisar que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 64 a 66 del Decreto Supremo 003-97-TR, los contratos de trabajo intermitentes son celebrados para cubrir actividades permanentes pero discontinuas de una empresa, modalidad contractual que se encuentra sujeta al cumplimiento de requisitos específicos para su válida formulación, pero que carecen de plazo máximo para su estipulación. En dicho sentido, corresponde precisar que no cabe la aplicación de los plazos máximos establecidos en el artículo 74° del citado Decreto Supremo 003-97-TR para invocar la desnaturalización en este tipo de contratación.
>
> Pese a ello cabe precisar que esta modalidad contractual puede llegar a desnaturalizarse, siempre y cuando se acredite la existencia de una simulación o fraude entre la causa objetiva que justifica la contratación temporal, y la prestación del servicio, hecho que corresponde ser acreditado a través de medios de prueba que evidencien la citada divergencia entre la modalidad contractual y la realidad".

El contrato intermitente deberá consignar con la mayor precisión cuáles son las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contrato (artículo 65.° del TUOLPCL).

En cuanto al cálculo de los beneficios laborales de los trabajadores contratados bajo esta modalidad, se determinarán en función al tiempo efectivamente prestado (artículo 66.° del TUOLPCL).

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 1157-2015-2015 DEL SANTA, del 16 de noviembre de 2016, ha reconocido al trabajo de pesca como una forma de trabajo intermitente.

4.4.3. Contrato de temporada (artículo 67.° del TUOLPCL)

Es el suscrito entre un empleador y un trabajador con la finalidad de suplir las necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, las cuales, tienen como característica que solo se presentan por temporadas; es decir, en

determinadas épocas del año y se repiten periódicamente en función a la naturaleza de la actividad productiva.

El artículo 68.° del TUOLPCL exige que los contratos de trabajo de temporada se celebren, necesariamente, por escrito debiendo constar lo siguiente:

a) La duración de la temporada;
b) La naturaleza de la actividad de la empresa, establecimiento o explotación; y
c) La naturaleza de las labores del trabajador.

Por su parte, el artículo 69.° del TUOLPCL establece que si el trabajador fuera contratado por dos temporadas consecutivas o tres alternadas tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes.

Las características indicadas en el artículo citado otorgan al contrato de temporada la naturaleza de un contrato a tiempo indeterminado de ejecución intermitente, por ello, el legislador reconoce el derecho del trabajador a ser recontratado cuando haya prestado servicios por dos temporadas consecutivas o tres alternadas.

Somos de la opinión que por ser el contrato de temporada una forma especial de contrato a plazo indeterminado, su conclusión después de cumplidos los supuestos contemplados en el artículo 69.° del TUOLPCL, solo podrá producirse por las causales previstas en el artículo 16.° del referido cuerpo normativo.

El artículo 70.° del TUOLPCL establece que para hacer efectivo el derecho previsto en su artículo 69.° el trabajador deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince (15) días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caducará su derecho a solicitar su readmisión en el empleo.

Del texto del referido artículo se desprende la interpretación que el trabajador no solo deberá solicitar volver al trabajo, sino que deberá presentarse físicamente en el centro de labores y ponerse a disposición de su empleador.

Cabe formularse la siguiente interrogante ¿cuándo el trabajador solo solicita por escrito el volver a trabajar pero no se presenta en el centro de labores se cumple con la exigencia prevista en el artículo 70.° del TUOLPCL?

Al respecto, SANGUINETI (2008) opina lo siguiente:

"[...] No parece, sin embargo, que exista impedimento para que este requisito pueda entenderse satisfecho a través de medios documentales, toda vez que de lo que se trata no es de concurrir a trabajar en la fecha de inicio de la temporada, sino de reclamar el reingreso con carácter previo al mismo. Es más, la presencia de constancia documental de haber solicitado el reingreso resulta esencial a efectos de demostrar que el derecho en cuestión no ha caducado, así como ejercitar las acciones correspondientes en caso de que la readmisión solicitada no se haya hecho efectiva. En cualquier caso, no está demás apuntar que la tendencia imperante en Derecho Comparado es la de hacer recaer más bien sobre el empleador la obligación de notificar a los trabajadores el inicio de cada temporada, con el fin de que estos se presenten a trabajar el día indicado" (p. 93).

Por nuestra parte, consideramos que esta opinión no puede ser aceptada en su integridad, pues, existen labores en las que no se puede aplicar el criterio del citado autor, tal es el caso de la pesca, donde es necesario que días antes del inicio de las faenas pesqueras, los trabajadores se apersonen ante su empleador para preparar la nave que se hará a la mar, no pudiendo, en dicho caso, admitirse que envíen una carta expresando su deseo de continuar laborando y que se presenten a embarcarse recién el día de zarpe para el inicio de las faenas de pesca.

4.5. Requisitos formales para la validez de los contratos sujetos a modalidad

Los contratos sujetos a modalidad son actos jurídicos formales a los cuales, para su validez y eficacia, el artículo 72.° del TUOLPCL les exige cumplir con los requisitos siguientes:

a) Deben constar por escrito y por triplicado,
b) Deben consignar en forma expresa su duración,
c) Deben expresar con precisión las causas objetivas determinantes de la contratación,
d) Deberán contener otras condiciones de la relación laboral.

Debemos precisar que el incumplimiento de los requisitos antes señalados no acarrea la nulidad del contrato, sino que producen efectos distintos a los que

se esperaba originalmente del mismo; es decir, que se convierte en un contrato a plazo indeterminado.

Actualmente, la Tercera Disposición Complementaria, Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1246, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 10 de noviembre de 2016, ha modificado el artículo 73.° del TUOLPCL suprimiendo la obligación de presentar copia de los contratos ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, dejando subsistente solo la posibilidad que dicha autoridad verifique el cumplimiento de los requisitos formales antes mencionados.

4.6. Normas comunes a todos los contratos sujetos a modalidad

El TUOLPCL contiene reglas especiales que tienen por finalidad evitar la celebración de contratos sujetos a modalidad fraudulentos que afecten los derechos de los trabajadores, tal como sería el caso del establecimiento de plazos demasiado largos o reiterados contratos con el mismo trabajador para cumplir labores de naturaleza indeterminada.

Las reglas comunes son las siguientes:

Primera. Dentro de los plazos máximos establecidos para los distintos tipos de contratos sujetos a modalidad podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan dichos límites (primer párrafo del artículo 74.° del TUOLPCL).

Segunda. En los casos que corresponda podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en su conjunto no superen la duración máxima de cinco (05) años (segundo párrafo del artículo 74.° del TUOLPCL).

Tercera. En los contratos sujetos a modalidad rige el período de prueba legal o convencional previsto en la ley (artículo 75.° del TUOLPCL).

Cuarta. Si el empleador, vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones (artículo 76.° del TUOLPCL).

5. DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD (ARTÍCULO 77.° DEL TUOLPCL)

Los contratos sujetos a modalidad se desnaturalizan y, por tanto, se reputan como de duración indeterminada en los casos siguientes:

a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.
b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos luego de concluida la obra materia de contrato, sin haber operado renovación.
c) Si el titular del puesto sustituido no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare trabajando.
d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en el TUOLPCL.

El TUOLPCL establece que los trabajadores permanentes que cesan no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en el TUOLPCL, salvo que haya transcurrido más de un año del cese (artículo 78.°).

6. OTROS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD

El TUOLPCL reconoce la vigencia de otros tipos de contratos sujetos a modalidad, como es el caso específico de los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley N.° 22342, el mismo que se regula por sus propias normas; sin embargo, les son aplicables las normas establecidas en el TUOLPCL en lo relativo a la aprobación de los contratos (artículo 80.°).

El caso de los contratos de trabajo temporales para zonas francas, el TUOLPCL estableció que se regularían por sus propias normas (artículo 81.°).

Además, el TUOLPCL precisa que cualquier clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el Titulo referente a contratos sujetos a modalidad, podrá contratarse siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por duración adecuada al servicio que deba prestarse (artículo 82.°).

7. CASO ESPECIAL DEL CONTRATO CON DEPORTISTAS DE ALTO NIVEL

De conformidad con el artículo 3.° de la Ley N.° 30994, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de agosto de 2019, el Estado peruano, a través del Ministerio de Educación y el Instituto Peruano del Deporte, suscribe contratos laborales especiales con los deportistas de alto nivel, a fin de reconocer su esfuerzo y dedicación mientras califiquen como deportistas de alto nivel.

El contrato que se celebre se sujetará a las normas del Decreto Legislativo N.° 728.

El contrato especial para el deportista de alto nivel se reglará por las disposiciones que dicte el Poder Ejecutivo.

Corresponde al Estado establecer las condiciones y los requisitos para que los deportistas de alto nivel gocen de una pensión acorde al período de sus aportes, desde su formación hasta su retiro.

Consideramos que la Ley N.° 30994, es una norma especial que no puede ser aplicada en tanto no se dicten las normas reglamentarias que desarrollen su contenido. Su contenido es confuso, pues, por un lado dice regular un contrato de naturaleza laboral, pero, sin mencionar para nada a los elementos esenciales del contrato de trabajo como son la remuneración y la subordinación, pero, a su vez, introduce un elemento extraño que sería el relativo derecho a una pensión de retiro, lo que pareciera indicar que el Estado se interesaría en una pensión especial para estos deportistas, pues, de lo contrario, no tendría sentido esta referencia ya que los sistemas pensionarios ya están preestablecidos para todo tipo de trabajadores en la legislación vigente.

Bibliografía

Libros

- ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. (2008). La contratación temporal en el Perú. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- AURIS GUTIÉRREZ, Fredy. (2018). Summa Laboral. Lima: Editorial Nomos & Tesis E.I.R.L.

- GACETA JURÍDICA. (2019). 700 Criterios Jurisprudenciales Laborales que todo abogado debe conocer, 1ª. Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2008). Los contratos de trabajo de duración determinada, 2ª. Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. (2017). Guía Laboral, 8ª. Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO IX
LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sumario: 1. Introducción. 2. Efectos de la suspensión del contrato de trabajo. 3. Causales de suspensión del contrato de trabajo. 4. Las causales de suspensión previstas en el TUOLPCL. 5. Las causales de suspensión previstas en leyes especiales.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, debiendo ejecutarse a través de prestaciones recíprocas que, tanto el trabajador como el empleador, deben cumplir obligatoriamente; sin embargo, esto no siempre es así, pues, en ciertos casos, se presentan situaciones atribuibles a las partes, o ajenas a ellas, por las cuales el sinalagma del contrato no se cumple, sin que se llegue a la extinción del mismo; cuando estas situaciones ocurren nos encontramos frente a una suspensión del contrato de trabajo.

El artículo 11.° del TUOLPCL define la suspensión del contrato de trabajo en los términos siguientes:

> "Artículo 11.- Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral.
>
> Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores".

Se desprende de la norma citada que la suspensión será perfecta cuando no exista la obligación de pago de remuneraciones ni de trabajar; mientras será imperfecta cuando a pesar de no existir prestación efectiva de trabajo se debe abonar remuneraciones.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.° 14818-2016-LIMA del 20 de setiembre de 2016, ha señalado lo siguiente:

> "El régimen laboral de la actividad privada regula en el artículo 11 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, las causas en las que a pesar que la relación laboral se encuentra vigente, el trabajador estará impedido de asistir a su centro de trabajo, lo que genera una suspensión del vínculo laboral".

En la doctrina se distingue entre suspensión e interrupción del contrato de trabajo; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe hacer esta distinción teórica, pues, el TUOLPCL, en el Capítulo III, de su Título I, agrupa tanto situaciones que pueden definirse como una auténtica suspensión y otras que solo constituyen una interrupción.

2. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La suspensión del contrato de trabajo produce los efectos siguientes:

Suspensivo: pues, las partes quedan liberadas de las obligaciones fundamentales del contrato de trabajo, el empleador del pago de la remuneración y el trabajador de la prestación del servicio.

El efecto suspensivo no es absoluto, ya que, nuestra legislación contempla casos especiales, como el de las vacaciones, en las cuales el empleador continúa cumpliendo con su obligación de pago de remuneraciones a pesar que no recibe en contraprestación por parte del trabajador.

Por su parte, el trabajador, si bien ya no presta sus servicios personales, continúa obligado a respetar los deberes de lealtad, fidelidad y de secreto originados durante la relación laboral.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 2664-97, del 30 de junio de 1999, señaló que, si bien el artículo 47.° del Decreto

Legislativo N.° 728 (actualmente el artículo 11.° del Texto Único Ordenado de la LPCL) establece que la suspensión del contrato de trabajo implica, por parte del trabajador, que este cesa en su obligación de prestar servicios, esto no permite que deje de cumplir con otras obligaciones emanadas del contrato de trabajo, toda vez que, el vínculo laboral todavía se encuentra vigente.

Impeditivo: durante la suspensión surge la imposibilidad legal de despedir al trabajador. Este impedimento resulta explicable, pues, el fundamento final de la suspensión es la conservación del vínculo laboral; no pudiendo, por ello, el empleador resolver unilateralmente el contrato de trabajo.

Conservativo: el trabajador mantiene su derecho de reincorporarse a sus labores cuando cesen las causas que han originado la suspensión del contrato de trabajo (artículo 18.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Terminada la causal de suspensión, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a sus labores; sin embargo, el período de suspensión, dependiendo de la cusa que lo originó, puede tener influencia en la determinación de los beneficios sociales del trabajador.

3. CAUSALES DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 12.° del TUOLPCL contempla como causales de suspensión del contrato de trabajo las siguientes:

"Artículo 12°.- Causas de suspensión

Son causas de suspensión del contrato de trabajo:

a) La invalidez temporal;
b) La enfermedad y el accidente comprobados;
c) La maternidad durante el descanso pre y postnatal;
d) El descanso vacacional;
e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;
f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;
g) La sanción disciplinaria;
h) El ejercicio del derecho de huelga;

i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad;
j) La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses;
k) El permiso o licencia concedidos por el empleador;
l) El caso fortuito y la fuerza mayor;
ll) Otros establecidos por norma expresa.

La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley".

Además de las previstas en el TUOLPCL, existen numerosas causales de suspensión del contrato de trabajo previstas por leyes especiales.

4. LAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL TUOLPCL

En las líneas siguientes comentaremos brevemente cada una de las causales de suspensión contempladas en el artículo 12.° del TUOLPCL, así como, las previstas en leyes especiales.

4.1. La invalidez temporal (inciso a del artículo 12.º del TUOLPCL)

La invalidez temporal es un estado de afectación transitoria de la salud física o mental del trabajador que no le permite prestar sus servicios, pero, que ofrece posibilidades de ser superada, siendo el caso que, cuando ello ocurra, el trabajador podrá reincorporarse a sus labores.

Debe distinguirse entre invalidez absoluta temporal e invalidez parcial temporal, precisando que, la primera, necesariamente suspende el contrato de trabajo, mientras que la segunda, solo lo suspende si impide el desempeño normal de labores (artículo 13.° del TUOLPCL).

La invalidez del trabajador debe ser declarada por un servicio médico perteneciente a EsSalud, Ministerio de Salud o por una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú a solicitud del empleador (artículo 13.° del TUOLPCL).

Si el trabajador fuere declarado en situación de invalidez absoluta permanente cesará su derecho a reincorporarse al trabajo (artículo 19.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

4.2. La enfermedad y accidentes comprobados (inciso b del artículo 12.º del TUOLPCL)

Dentro de esta causal se comprenden tanto el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, como la enfermedad y el accidente comunes.

El accidente de trabajo es una lesión física o mental sufrida repentinamente por el trabajador durante el cumplimiento del contrato de trabajo, mientras que la enfermedad profesional, constituye un trastorno fisiológico adquirido como consecuencia de la exposición a factores de riesgo relacionados con sus labores.

De otro lado, la enfermedad y el accidente son comunes cuando su origen no está relacionado directamente con la ejecución del contrato de trabajo. En estos casos, ante la imposibilidad del trabajador de asistir a laborar, la prestación de servicios se suspende.

Durante el tiempo que dura la incapacidad para trabajar como consecuencia de la enfermedad o el accidente, el trabajador tiene derecho a percibir remuneraciones y subsidios, siempre que cuente con tres meses consecutivos de aportaciones o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la causal. En caso de accidente, basta que exista afiliación (primer párrafo del artículo 10.° del Ley N.° 26790).

Las remuneraciones deben ser pagadas por el empleador durante los primeros veinte (20) días de incapacidad, acumulándose, para este efecto, los días de incapacidad remunerados durante cada año calendario (artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 009-97-SA).

El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad, debiendo otorgarse mientras dure la misma y en tanto el servidor no realice trabajo remunerado, hasta un máximo de once (11) meses y diez (10) días consecutivos (artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 009-97-SA).

El subsidio por incapacidad temporal se otorga en dinero, constituyendo su monto el equivalente al promedio diario de las remuneraciones de los últimos cuatro (04) meses inmediatos anteriores al mes en que se inicia la contingencia,

multiplicado por el número de días de goce de la prestación. (artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 009-97-SA).

Si el total de meses de afiliación es menor a cuatro, el promedio se determinará en función del tiempo de aportación del afiliado. (artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 009-97-SA).

Al igual que en el caso anterior, si el trabajador fuera declarado en situación de invalidez absoluta, cesará su derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo (artículo 19.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Debemos resaltar, que el descanso médico que se otorga al trabajador debe ser gozado en la oportunidad que corresponda no pudiendo el empleador alterar su forma de goce. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia al resolver la Casación N.° 4241-2016-LIMA del 14 de octubre de 2016, ha sostenido que el empleador no podía postergar el descanso médico de una trabajadora, pues, al hacerlo afectaba la salud e integridad de la actora.

Sobre el aviso de la imposibilidad de ir a trabajar por parte del trabajador, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación N.° 421-97-HUAURA del 09 de julio de 1998, ha señalado que la obligación principal que impone el contrato laboral al trabajador es la prestación personal del servicio, correspondiéndole el avisar y comprobar cualquier causa que lo imposibilite, como es el caso de enfermedad.

Finalmente, debemos decir que la Corte Suprema de la República al resolver la Casación N.° 2706-97 LIMA, del 28 de junio de 1999, ha establecido que se encuentra vigente el Decreto Supremo N.° 02-DT, del 28 de enero de 1954, y que, por aplicación de dicha norma, no puede despedirse al trabajador cuando se encuentra con descanso médico por estar suspendido el vínculo laboral.

4.3. La maternidad (inciso c del artículo 12.° del TUOLPCL)

Esta causal de orden biológico establece que las mujeres en los últimos meses del embarazo, así como, en los inmediatos posteriores al parto no deben realizar labores.

El Perú, mediante Resolución Legislativa N.° 30312, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de marzo de 2015, ha aprobado el Convenio N.° 183 de la Organización Internacional del Trabajo, referente a la protección de la

maternidad, por el cual, se eleva el descanso por maternidad, obligatoriamente, a no menos de catorce semanas; es decir, un total de noventa y ocho días, que podrán distribuirse en dos períodos de descanso de cuarenta y nueve días cada uno.

La Ley N.° 30792, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de junio de 2018, ha precisado que la trabajadora gestante tiene derecho a gozar de cuarenta y nueve (49) días de descanso prenatal y cuarenta y nueve (49) días de descanso postnatal, admitiendo la misma norma que el goce de descanso prenatal pueda ser diferido parcial o totalmente y acumulado con el postnatal a decisión de la trabajadora gestante, debiendo comunicarse tal decisión al empleador con una antelación no menor de dos (2) meses a la fecha del probable parto. Cabe precisar, que los días de descanso prenatal y postnatal se consideran como días efectivamente laborados para efectos del cómputo de las utilidades (primer párrafo del artículo 1.° de la Ley N.° 26644, modificado por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N.° 30792).

En el caso de alumbramiento múltiple el descanso postnatal se extenderá por treinta (30) días naturales adicionales (párrafo incorporado al artículo 1.° por el Artículo Único de la Ley N.° 27606).

La Ley N.° 27402, del 19 de enero de 2001, modificatoria del artículo 3.° del texto original de la Ley N.° 26644, ha precisado que, en los casos que se produzca adelanto del alumbramiento respecto de la fecha probable del parto fijada para establecer el inicio del descanso prenatal, los días de adelanto se acumularan al descanso postnatal. Si el alumbramiento se produjera después de la fecha probable de parto, los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales.

4.4. Permiso por lactancia (Ley N.° 27240)

La Ley N.° 27240, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de diciembre de 1999, precisada por la Ley N.° 27403 y modificada por la Ley N.° 28731, publicadas el 20 de enero del 2001 y el 13 de mayo del 2006, respectivamente, ha otorgado el permiso por lactancia materna a las madres trabajadoras al término del período postnatal. Este permiso es de una hora diaria hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, se incrementará una hora más al día pudiendo ser fraccionado en dos tiempos iguales y será

otorgado dentro de la jornada laboral de la trabajadora, en ningún caso será materia de descuento.

La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente, el mismo que no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

La hora de lactancia materna será considerada como trabajo efectivo para todo efecto legal y la trabajadora gozará de la remuneración correspondiente.

4.5. El descanso vacacional (inciso d del artículo 12.º del TUOLPCL)

El descanso vacacional constituye un derecho que tiene todo trabajador de gozar, de forma remunerada, de un determinado número de días de descanso al año, después de haber cumplido los requisitos exigidos por las normas legales para acceder a dicho beneficio.

El objeto de las vacaciones es que el trabajador, a través del descanso, recupere las energías gastadas, evitando así un desmejoramiento de su salud física y mental.

En nuestro país, los trabajadores tienen derecho a treinta (30) días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios (primer párrafo del artículo 10.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1405).

La trabajadora gestante tiene derecho a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal a que se refiere la Ley N.° 26644. Esta voluntad deberá comunicarla al empleador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario al inicio del goce vacacional (artículo 4.° del Ley N.° 26644).

El artículo 8.° del Decreto Supremo N.° 005-2011-TR, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N.° 001-2015-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de enero de 2015, ha reglamentado este derecho en los términos siguientes:

> **"Artículo 8.- Descanso vacacional inmediato**
> Si a la fecha del vencimiento del descanso postnatal o de su extensión, la madre trabajadora tuviere derecho a descanso vacacional pendiente

de goce, podrá iniciar parcial o totalmente el disfrute vacacional a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal o su extensión, siempre y cuando previamente lo hubiera comunicado por escrito al empleador con una anticipación no menor de quince (15) días naturales al inicio del goce vacacional.

Esta decisión no requiere aceptación ni aprobación del empleador".

Igualmente, el trabajador peticionario de adopción tiene derecho a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencida la licencia por adopción, siempre que haya gozado de la misma (artículo 6.° de la Ley N.° 27409).

4.6. La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el servicio militar obligatorio (inciso e del artículo 12.° del TUOLPCL)

Esta causal contempla el otorgamiento de licencia por dos supuestos: el desempeño de cargo cívico y el cumplimiento del servicio militar obligatorio.

4.6.1. Desempeño de cargo cívico

Esta causal está referida a la participación política del trabajador que resulta elegido para ejercer un cargo público, tal como sería el de congresista, alcalde o regidor municipal. Igualmente, se considera dentro de esta causal los casos en que los trabajadores sean designados por el Estado para conformar comisiones oficiales.

De acuerdo con la Ley N.° 16559, los trabajadores que resulten elegidos para conformar el Poder Legislativo tienen derecho a que se les conceda licencia sin goce de remuneraciones durante el tiempo que dure su mandato.

La Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.° 27972, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de mayo de 2003, en su artículo 11.° establece lo siguiente:

> **"Artículo 11.- Responsabilidades, impedimentos y derechos de los regidores**
>
> [...]
>
> Para el ejercicio de la función edil, los regidores que trabajan como dependientes en el sector público o privado gozan de licencia con

goce de haber hasta por 20 (veinte) horas semanales, tiempo que será dedicado exclusivamente a sus labores municipales. El empleador está obligado a conceder dicha licencia y a preservar su nivel remunerativo, así como a no trasladarlos ni reasignarlos sin su expreso consentimiento mientras ejerzan función municipal, bajo responsabilidad".

4.6.2. Consejero Regional (Ley N.° 27867)

De conformidad con el literal b) del artículo 19.° de la Ley N.° 27867, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de noviembre de 2002, los consejeros regionales tienen derecho a licencia laboral en su centro de trabajo, con goce de haber hasta por 80 horas mensuales, para cumplir con las obligaciones de su función. Tienen derecho a no ser trasladados ni reasignados sin su expreso consentimiento, mientras ejercen función regional

4.6.3. Cumplimento del servicio militar (Ley N.° 29248)

Actualmente, de conformidad con la Ley N.° 29248, reglamentada por el Decreto Supremo N.° 003-2013-DE, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de junio de 2008 y el 03 de junio de 2013, respectivamente, el servicio militar es voluntario; sin embargo, existe la posibilidad que los integrantes de las reservas puedan ser llamados a períodos de instrucción y entrenamiento que sean requeridos en casos de movilización o grave amenaza o peligro inminente para la seguridad y Defensa Nacional.

La Ley N.° 29248, Ley del Servicio Militar, en su artículo 75.°, numerales 2) y 3) establece lo siguiente:

"Artículo 75.- De los derechos y beneficios de los reservistas

Todos aquellos que estando en la Reserva sean llamados a cumplir períodos de instrucción y entrenamiento o sean requeridos en casos de movilización o de grave amenaza o peligro inminente para la Seguridad y Defensa Nacional, tienen derecho a:

2. Licencia con goce de haber durante el período, la cual será acreditada con la constancia respectiva, si labora en el sector público.

3. Licencia con goce de haber hasta por un máximo de 30 (treinta) días si se trata de trabajador dependiente en el sector privado. Vencido el

plazo, el Estado asumirá el pago de las remuneraciones y bonificaciones por intermedio de la Institución de las Fuerzas Armadas respectiva".

4.6.4. Bomberos voluntarios (Decreto Supremo N.º 001-2017-TR)

De conformidad con el Decreto Supremo N.° 001-2017-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de enero de 2017, se modifica el Decreto Supremo N.° 001-96-TR, adicionándosele el artículo 16.°-A, el cual, establece que los trabajadores que se desempeñen como bomberos voluntarios ejercen cargo cívico y tienen derecho a licencia con goce de remuneraciones cuando sean convocados por el Cuerpo General de Bomberos para atención de emergencias por incendios, accidentes, desastres o calamidades naturales o inducidas, u otros sucesos que ponen en riesgo a las personas o al orden público; en cualquier parte del territorio nacional incluyendo las zonas declaradas en estado de emergencia.

El tiempo de licencia para la atención de actos de servicio es considerado como tiempo trabajado para todos los efectos legales, por lo que no podrá ser descontado o considerado como ausencia injustificada, ni como falta disciplinaria pasible de sanción. Se incluye dentro del permiso o licencia el tiempo adecuado y razonable para el descanso, recuperación y desintoxicación del bombero voluntario, considerando también el término de la distancia para su retorno a la entidad.

La entidad a través de la Oficina de Recursos Humanos o la que haga sus veces podrá solicitar la constancia del acto de servicio que emita la respectiva compañía de bomberos.

4.7. El permiso o licencia sindical (inciso f del artículo 12.° del TUOLPCL)

El permiso o licencia sindical puede definirse como el tiempo libre remunerado que se concede a los dirigentes sindicales para ausentarse de su puesto de labores dentro de la jornada de trabajo a efectos de desempeñar actos de representación propios del cargo dirigencial que ostentan dentro del sindicato.

En principio, el otorgamiento de licencia sindical para los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada debe regularse por la correspondiente convención colectiva; sin embargo, a falta de esta, el empleador tiene la obligación de conceder permiso para la concurrencia a diligencias de

carácter obligatorio con sujeción a la normatividad sobre relaciones colectivas de trabajo que estudiaremos en el capítulo correspondiente de este libro.

Tratándose de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.° 728, el otorgamiento de licencias sindicales debe sujetarse a la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil, conforme a lo dispuesto por su Novena Disposición Complementaria Final, habiendo precisado el Reglamento de esta ley , el Decreto Supremo N.° 040-2014-PCM, la regulación de la licencia sindical en sus artículos 61.° y 62.°.

4.8. La sanción disciplinaria (inciso g del artículo 12.º del TUOLPCL)

El artículo 9.° del TUOLPCL otorga al empleador la facultad de imponer sanciones disciplinarias al trabajador por las faltas que pudiera cometer durante sus labores, una de estas medidas disciplinarias es la suspensión sin goce de haber.

La suspensión disciplinaria, si bien es una atribución del empleador, debe basarse en una causa justa, no puede tener una duración indefinida ni demasiado extensa y, además, debe ser comunicada en forma escrita al trabajador.

Sobre la suspensión disciplinaria CAMPOS (2003) nos enseña lo siguiente:

> "En virtud de la relación de dependencia o subordinación que se origina para el trabajador respecto del empleador, este tiene la facultad de darle órdenes e imponerle reglamentos. Su violación envuelve la facultad de que el empleador le imponga ala trabajador sanciones de carácter disciplinario, que no pueden consistir, en ningún caso, penas corporales o lesivas a su dignidad" (p. 233).

La Corte Suprema al resolver la Casación Laboral N.° 12034-2014 LIMA, del 02 de agosto de 2016, ha establecido que: "No es suficiente comunicar al empleador que no se acudirá al centro de labores, sino que dicha inasistencia debe ser justificada en el plazo que establece la ley o el reglamento interno de trabajo, caso contrario se incurre en causal de sanción disciplinaria".

4.9. La huelga (inciso h del artículo 12.° del TUOLPCL)

Es la paralización colectiva, concertada y pacífica de labores durante la cual el trabajador deja de prestar sus servicios y el empleador deja de tener la obligación de pagarle su remuneración.

En la doctrina existe discusión si toda huelga debe acarrear la suspensión del pago de remuneraciones. Por un lado, algunos autores sostienen que la huelga implica una suspensión perfecta del contrato de trabajo, por lo que, siendo este un contrato de prestaciones recíprocas, no se debe ninguna remuneración por no existir ninguna contraprestación de trabajo. Otro sector sostiene que, si la huelga ha sido declarada legal o lícita, los trabajadores tienen derecho a percibir sus salarios, pues, el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución y la ley no puede acarrearle un perjuicio económico, más aún, si tenemos en cuenta el carácter alimentario de las remuneraciones.

En nuestra legislación, el inciso b) del artículo 77.° del TUOLRCT ha establecido expresamente que la huelga suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive, la obligación de abonar la remuneración, sin afectar el vínculo laboral.

La Casación Laboral N.° 25646-2017 AREQUIPA, del 08 de agosto de 2019, que constituye Doctrina Jurisprudencial, ha precisado que las paralizaciones de labores declaradas improcedentes, acarrean responsabilidad disciplinaria para sus autores sin perjuicio del descuento por los días no laborados.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, se ratifica la concepción que toda huelga origina una suspensión perfecta de labores, por lo tanto, no hay obligación alguna de pagar remuneraciones por parte del empleador.

La reincorporación de los trabajadores que se han encontrado en huelga se sujeta a lo que disponga la norma pertinente (artículo 20.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Tratándose de trabajadores al servicio del Estado sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.° 728, debe tenerse presente que la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil, en el literal d del numeral 47.1 de su artículo 47.°, establece que el ejercicio del derecho de huelga constituye un caso de suspensión perfecta del servicio civil.

4.10. Detención del trabajador (inciso i del artículo 12.º del TUOLPCL)

La detención del trabajador por la policía o por orden judicial para efectos de una investigación origina que este conserve su puesto de trabajo, sin embargo, no existe obligación de pago por parte del empleador.

Al respecto, TOYAMA (2015) nos dice lo siguiente:

> "Si el trabajador es detenido con el objeto de esclarecer su supuesta implicancia directa o indirecta en la comisión de un delito, las obligaciones contractuales de las partes laborales se suspenden. Si finalmente presunción de inocencia que avalaba al trabajador detenida es destruida y se determina finalmente su culpabilidad por los cargos imputados y se le condena a purgar una pena privativa de la libertad, la causal de suspensión cesa y se transforma en un motivo que le permite al empleador resolver el contrato de trabajo" (p. 469).

Si el trabajador fuera condenado a una pena privativa de la libertad efectiva el contrato se extinguirá.

4.11. La inhabilitación del trabajador (inciso j del artículo 12.º del TUOLPCL)

La inhabilitación constituye el impedimento para ejercer determinada profesión, arte o actividad, impuesta por las autoridades administrativas o judiciales.

Resulta obvio que si el trabajador no puede ejercer la profesión, arte u oficio para el que se le contrató, se suspenda el contrato de trabajo hasta que desaparezca este impedimento, precisando la ley que la duración del mismo no debe ser mayor de tres meses, pues, si superara este período, se convertiría en una causa justa de terminación del vínculo laboral.

4.12. El permiso o licencia concedidos por el empleador (inciso k del artículo 12.º del TUOLPCL)

El empleador en uso de su facultad de dirección tiene la potestad de otorgar permisos y licencias, con o sin goce de remuneración a sus trabajadores por el plazo que considere conveniente y con sujeción a los requisitos que él mismo establezca. Por lo general, esta clase de permisos y licencias están reguladas por el reglamento interno de trabajo de cada centro laboral; sin embargo, tratándose

de empleadores que no estén obligados a contar con dicho reglamento, nada obsta para que los permisos o licencias sean otorgados por el empleador o su representante mediante una simple manifestación de voluntad autoritativa del permiso o licencia solicitado.

4.13. Suspensión por caso fortuito o fuerza mayor (inciso I del artículo 12.° del TUOLPCL)

El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen hechos extraordinarios, imprevisibles e inevitables, originados por los elementos de la naturaleza o atribuibles a acontecimientos sociales que, por su magnitud, hacen imposible el normal cumplimiento del contrato de trabajo.

La diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor consiste en que, el primero, alude a hechos de la naturaleza, llamados hechos de Dios (conforme a la jurisprudencia francesa), tales como: los terremotos, inundaciones, maremotos, heladas, sequías, huracanes, etc.; mientras que, el segundo, está referido a los hechos provenientes de actos del hombre, ya sean de la autoridad pública (llamados actos del príncipe) o de los hechos de terceros, al primer grupo pertenecen las expropiaciones, las limitaciones a la propiedad, las restricciones legales o prohibiciones para realizar determinadas actividades, las medidas económicas extraordinarias; en el segundo grupo, se encuentran las guerras, revoluciones, actos terroristas, los saqueos, actos vandálicos entre otras situaciones.

En la legislación vigente encontramos que "se configura el caso fortuito o la fuerza mayor, cuando el hecho invocado tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible y que haga imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo" (artículo 21.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

De presentarse un caso fortuito o de fuerza mayor, el empleador está facultado para disponer una suspensión perfecta de labores no mayor de noventa (90) días sin necesidad de autorización previa, pero, comunicando su decisión a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a verificar, dentro de los seis (6) días de recibida la comunicación, la existencia y la procedencia de los motivos invocados por el empleador para suspender sus actividades. De no encontrarlos justificados está facultada para ordenar la inmediata reanudación de labores y el pago a los trabajadores de las remuneraciones dejadas de percibir

durante el tiempo de suspensión transcurrido (segundo párrafo del artículo 15.° del TUOLPCL).

La verificación de la causa de suspensión deberá ser efectuada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, quien, además, tendrá en cuenta que la causal invocada guarde proporcionalidad y razonabilidad con el período de suspensión temporal de labores determinada por el empleador (artículo 22.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

En el supuesto que la Autoridad Administrativa de Trabajo no efectuara la verificación de la causal de suspensión invocada, se tendrá por cierta la misma, quedando autorizada la suspensión, salvo que la misma no se efectúe por causa atribuible al empleador en que no operará autorización alguna (artículo 24.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

En el supuesto que la Autoridad Administrativa de Trabajo comprobase la inexistencia o la improcedencia de la causal invocada, expedirá la correspondiente resolución ordenando la reanudación inmediata de las labores, considerándose para todo efecto legal, como de trabajo efectivo el período dejado de laborar (artículo 23.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Las decisiones de la Autoridad Administrativa de Trabajo, expresas o fictas, respecto de la suspensión de labores, podrán ser apeladas en el término de tres días (artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Cuando subsistiese la imposibilidad de reanudación de labores, la suspensión de las mismas podrá prolongarse por acuerdo de las partes, con conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo, pudiendo, alternativamente, el empleador optar por el cese colectivo con arreglo a ley (artículo 26.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

No obstante lo indicado en las normas antes señaladas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Resolución Directoral General N.° 108-2015/MTPE/2/14, del 07 de julio de 2015, ha establecido la interpretación del artículo 15.° del TUOLPCL, que a continuación se transcribe:

> **"7.- APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 15° DEL TUO DE LA LPCL**
>
> La Resolución Directoral General N° 010-2012-MTPE/2/14, de fecha 12 de octubre de 2012, en su parte resolutiva señala que la misma

constituye precedente administrativo vinculante, particularmente, lo desarrollado en los considerandos 9.4 a 9.9. En tal precedente de observancia obligatoria, se precisa que el artículo 15°° del TUO de la LPCL, debe comprenderse como una norma que establece un régimen de excepción para la suspensión temporal perfecta de labores, en tanto dicha medida tiene un efecto desestabilizador de la situación de empleo y, en consecuencia, durante su vigencia se pone al trabajador en una situación similar al desempleo.

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado, en el considerando 9.4 de la precitada resolución se entiende que el legislador prevé una regla flexible al introducir la posibilidad para los empleadores de controlar los efectos de la medida en cuestión. En razón a ello, el empleador, antes de proceder a la adopción de la medida de suspensión temporal perfecta de labores deberá determinar las actividades que no serán desarrolladas, y luego de ello, señalar quiénes serán los trabajadores que deberán suspender la prestación de servicios.

Como consecuencia de la preceptividad contenida en el artículo 15° del TUO de la LPCL, el precedente vinculante citado establece que la parte empleadora, al llevar a cabo una medida de suspensión temporal perfecta de labores, deberá conformar tres grupos de trabajadores:

a) Aquellos que se mantendrán en actividad (para cumplir los servicios indispensables, secundarios o complementarios para LA EMPRESA durante la duración de la medida);
b) Aquello que gozarían de las vacaciones que se les adeude o las que pudieran adelantarse;
c) Aquellos que, no pudiendo cumplir con las actividades mencionadas en el acápite "a)" y cuyas vacaciones adeudadas y adelantadas no logren cubrir toda la vigencia de la medida, deben permanecer en inactividad mediante la suspensión perfecta de labores.

Asimismo, dicho precedente de observancia obligatoria establece que corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo verificar ex post los hechos alegados como caso fortuito o fuerza mayor, a fin de corroborar la necesidad de la adopción de la medida de suspensión

perfecta de labores. Así pues, la fiscalización administrativa deberá determinar:

- Si LA EMPRESA efectivamente determinó con sustento técnico y sobre la base de criterios objetivos, razonables y proporcionales la existencia de servicios indispensables que deban ser atendidos inclusive durante la vigencia de la veda pesquera.
- Si persiste la prestación de servicios en puestos de trabajo relacionados con actividades secundarias o complementarias que coadyuven a la realización del giro y que inclusive durante la veda pesquera pudieran mantenerse en funcionamiento (por ejemplo: atención de trámite documentario y otras áreas administrativas).
- Si LA EMPRESA aplicó preferentemente la utilización de sus trabajadores para ocuparse de los servicios que hubieran de atenderse durante la veda con respecto de la suspensión de dichos servicios, según lo que se determine al aplicarse los criterios que aparecen en los acápites a) y b), señalados precedentemente.
- Si se ha establecido el pago y goce de las vacaciones adeudadas y vacaciones adelantadas (en caso las primeras no resulten suficientes) para cubrir la vigencia de la veda sin afectar el derecho de los trabajadores que, en aplicación de los criterios precedentes, necesariamente permanezcan inactivos durante la veda por el mecanismo de la suspensión temporal perfecta de labores.
- Si los trabajadores a quienes se ha aplicado la suspensión temporal perfecta de labores efectivamente se mantienen inactivos o si vienen prestando servicios.

Complementando dichos criterios, la Resolución Directoral General N° 011-2012-MTPE/2/14, de fecha 22 de octubre del 2012, estableció los siguientes aspectos a ser observados por la autoridad administrativa de trabajo encargada de efectuar el control ex post sobre la solicitud de suspensión temporal perfecta de labores:

- Si bien la norma otorga a la Administración un plazo de seis (06) días, aunque se supere dicho plazo, el empleador no puede impedir la verificación de las causas que sustentaron la suspensión temporal perfecta de labores de los trabajadores. De hecho, si la empresa no

otorga las facilidades correspondientes a la inspección de trabajo, la solicitud de suspensión perfecta de labores debe ser rechazada, sin perjuicio de la sanción administrativa por obstrucción a la inspección del trabajo pertinente.

- Debe determinarse si los puestos de labores de los trabajadores suspendidos efectivamente se encuentran desocupados o si, por el contrario, tales labores han sido asumidas por otros trabajadores, sean ellos de la misma empresa o de una tercera.
- Debe determinarse si dicha medida, al practicarse en contra de trabajadores sindicalizados, esconde o tiene como correlato una vulneración a los derechos colectivos de los trabajadores (libertad sindical, negociación colectiva y huelga), perjudicando especialmente a la organización sindical detrás de una aparente acción de contenido neutro y amparada, en principio, por el derecho vigente".

4.14. Otros establecidos por norma expresa (inciso 11 del artículo 12.º del TUOLPCL)

Estos casos serán desarrollados en numerosas normas legales que analizaremos en el numeral siguiente

5. LAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN PREVISTAS EN LEYES ESPECIALES

5.1. Licencia para deportistas calificados (Ley N.º 28036)

De conformidad con el artículo 65.° de la Ley N.° 28036, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de julio de 2003, los trabajadores de los sectores público y privado y de la Policía Nacional del Perú que sean seleccionados para representar al Perú en eventos deportivos internacionales oficiales del Sistema Olímpico o Federativo Internacional tienen derecho a una licencia con goce de haber, así como, las facilidades para entrenar, desplazarse, permanecer en concentración y competir. Este derecho también lo tienen los dirigentes, entrenadores y agentes deportivos.

El artículo 66.° de la referida Ley extiende el derecho a la licencia a los deportistas que participen en eventos oficiales nacionales o regionales reconocidos por la Federación respectiva y/o Consejo del Deporte Escolar.

5.2. La donación de sangre y componentes sanguíneos (Ley N.º 27282)

La Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos, Ley N.° 27282, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de junio del 2000, actualmente vigente solo en su Capítulo II y su artículo 16.°, referente a la donación de sangre y componentes sanguíneos, por mandato de la Sétima Disposición Transitoria y Final de la Ley N.° 28189, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de marzo de 2004, contempla los permisos y licencias por donación de sangre, los mismos que a continuación explicamos.

Todo trabajador que desee donar sangre tiene derecho a que en su centro de trabajo se le otorgue permiso por el tiempo que demande el proceso de donación. Esto incluye las donaciones especiales como las aféresis y las autólogas (inciso 10.1 del artículo 10.° de la Ley N.° 27282).

El empleador otorgará permiso a sus trabajadores si la institución de salud donde se ubica el Banco de Sangre no contase con horarios de atención fuera de horas de trabajo y siempre que ello no afecte la producción de su centro laboral (inciso 2 del artículo 10.° de la Ley N.° 27282).

El donante debe presentar obligatoriamente a su centro laboral el certificado o constancia emitido por la institución de salud donde se ubica el banco de sangre (inciso 3 del artículo 10.° de la Ley N.° 27282).

5.3. Licencia laboral por adopción (Ley N.º 27409)

La Ley N.° 27409, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de enero de 2001, ha regulado la licencia por adopción.

Todo trabajador que peticione una adopción tiene derecho a que se le otorgue una licencia con goce de haber por treinta (30) días naturales, computados a partir del día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño, siempre que el niño a ser adoptado no tenga una edad mayor de doce (12) años (primer párrafo del artículo 1.°).

También tendrá derecho a la licencia con goce de haber por treinta días (30), el trabajador peticionario de adopción a que se refieren los incisos a) y b) del artículo 128.° de la Ley N.° 27337, siempre que el adoptado no tenga más de doce (12) años de edad. En este supuesto, el plazo de treinta días naturales se cuenta a partir del día siguiente en que queda consentida o ejecutoriada la resolución judicial de adopción (segundo párrafo del artículo 1.°).

Para poder gozar de la licencia por adopción, el trabajador deberá comunicar expresamente a su empleador la voluntad de gozar de la licencia correspondiente, en un plazo no menor de quince (15) días naturales anteriores a la entrega física del niño. La falta de comunicación impide al trabajador peticionario de la adopción el goce de la misma (artículo 2.°).

La licencia por adopción no podrá exceder en conjunto el plazo de treinta días naturales durante un año calendario, independientemente del número de procedimientos administrativos o procesos judiciales de adopción que el trabajador inicie (artículo 3.°).

En el caso que los trabajadores peticionarios de adopción fueran cónyuges, la licencia será tomada por la mujer (artículo 4.°).

Si la resolución que otorgó la Colocación Familiar fuera revocada, la licencia concluye de pleno derecho. En este supuesto, los días ya gozados deberán contabilizarse en el plazo de la licencia que pudiera solicitar el trabajador peticionario dentro del mismo año calendario (artículo 5.°).

La negativa injustificada del empleador de otorgar la licencia por adopción será considerada como un acto de hostilidad equiparable al despido (artículo 7.°).

5.4. Licencia por paternidad (Ley Nº 29049)

La Ley N.° 29049 del 18 de setiembre de 2009, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 20 de setiembre de 2009 modificada por la Ley No. 30807 ha regulado la licencia por paternidad.

Todo trabajador de la actividad pública y privada, incluidas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, tiene derecho a gozar. en armonía con sus leyes especiales, de una licencia remunerada por paternidad, en caso de alumbramiento de su cónyuge o de su conviviente, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia (artículo 1°).

De acuerdo con el artículo 2 modificado por la Ley No.30807, la duración de la licencia por paternidad es el siguiente:

El numeral 2.1 establece que será de cuatro (10) días hábiles consecutivos en el caso de parto natural o cesárea.

El numeral 2.2 precisa que en los casos siguientes el plazo de licencia es de:

a) Veinte (20) días calendario consecutivos por nacimientos prematuros y partos múltiples.
b) Treinta (30) días calendario consecutivos por nacimiento con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa.
c) Treinta (30) días calendario consecutivos por complicaciones graves en la salud de la madre.

El numeral 2.3 precisa que el plazo de la licencia se computa a partir de la fecha que el trabajador indique entre las siguientes alternativas:

a) Desde la fecha de nacimiento del hijo o hija.
b) Desde la fecha en que la madre o el hijo son dados de alta por el centro médico respectivo.
c) A partir del tercer día anterior a la fecha probable de parto, acreditada mediante el certificado médico correspondiente , suscrito por profesional debidamente colegiado.

El numeral 2.4 precisa que en el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad , el padre del hijo/a nacido/a será beneficiario de dicha licencia con goce de haber , de manera que sea una acumulación de licencias.

El numeral 2.5 señala que el trabajador peticionario que haga uso de la licencia de paternidad tendrá derecho a hacer uso de su descanso vacacional pendiente de goce, a partir del día siguiente de vencida la licencia de paternidad. La voluntad de gozar del descanso vacacional deberá ser comunicada al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha probable de parto de la madre.

El trabajador está obligado a comunicar al empleador, con una anticipación de quince (15) días naturales, respecto de la fecha probable del parto (artículo 3.°).

El derecho a licencia por paternidad es irrenunciable y no puede ser cambiado o sustituido por pago en efectivo y otro beneficio (artículo 4.°).

5.5. Licencia por familiares directos con estado grave por enfermedad o terminal o sufran accidente grave (Ley N.° 30012)

La Ley N.° 30012, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 26 de abril de 2013, concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

De acuerdo con esta ley, los trabajadores de la actividad pública o privada tienen derecho a gozar de licencia cuando tengan un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en peligro su vida, con el objeto de asistirlo (artículo 1.°).

La licencia que se otorga es por un máximo de siete días calendario con goce de haber. De ser necesario más días de licencia, estos son concedidos por un lapso adicional no mayor de treinta días a cuenta del derecho vacacional. De existir una situación excepcional que haga ineludible la asistencia al familiar directo fuera del plazo previsto en el párrafo precedente, se pueden compensar las horas utilizadas para dicho fin con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador (artículo 2.°).

El trabajador comunica al empleador dando cuenta del ejercicio de este derecho dentro de las cuarenta y ocho horas de producido o conocido el suceso, adjuntando el certificado médico suscrito por el profesional de la salud autorizado con el que se acredite el estado grave o terminal o el serio riesgo para la vida como consecuencia del accidente sufrido por el familiar directo (artículo 3.°).

Los beneficios obtenidos por los trabajadores sobre esta materia, por decisión unilateral o por convenio colectivo, se mantienen vigentes en cuanto sean más favorables a estos (artículo 4.°).

5.6. Licencia para la asistencia médica y terapia de rehabilitación de hijos (Decreto Legislativo N.° 1417, modificatorio de la Ley N.° 30119)

El Decreto Legislativo N.° 1417, que promueve la inclusión de las personas con discapacidad, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 de setiembre de 2018, ha modificado los artículos 1.°, 2.° y 3.° de la Ley N.° 30119, que regula

de las licencias al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

De acuerdo con esta ley, los trabajadores y trabajadoras de la actividad pública y privada tienen derecho a gozar de licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos o hijas menores con discapacidad y menores con discapacidad sujetos a su tutela.

Dicha licencia es otorgada también a los trabajadores y trabajadoras designados/as como apoyo de una persona mayor de edad con discapacidad, conforme al Código Civil, y que se encuentran en condición de dependencia (artículo 1.°).

La licencia a que se refiere el Decreto Legislativo N.° 1417 es otorgada con goce de haber por el/la empleador/a al padre, madre, tutor/a o apoyo de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, hasta por cincuenta y seis horas consecutivas o alternas anualmente.

En caso se requieran horas adicionales, las licencias se compensan con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el/la empleadora (artículo 2.°).

5.7. Licencia para trabajadores y trabajadoras que son curadores de una persona con discapacidad (Decreto Legislativo N.° 1417)

La Única Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Legislativo N.° 1417, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 setiembre de 2018, establece la licencia para trabajadores y trabajadoras que son curadores/as de una persona con discapacidad hasta que culmine la transición al sistema de apoyos.

Esta norma establece que la licencia a la que se refiere el artículo 1.° de la Ley N.° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad, se otorga a los trabajadores y trabajadoras que tengan la condición de curador/a de una persona con discapacidad, hasta que culmine la transición al sistema de apoyos.

Para tal efecto, deben presentar los siguientes documentos:

a) Sentencia judicial o resolución judicial que designa curador/a a él/la solicitante.

b) Documento Nacional de Identidad (DNI) de la persona con discapacidad.
c) Certificado de discapacidad o resolución de inscripción emitida por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis)

5.8. La decisión unilateral del empleador

Salvo el caso fortuito o la fuerza mayor a que nos hemos referido líneas arriba, el empleador se encuentra prohibido de suspender unilateralmente el contrato de trabajo, si a pesar de ello así lo hiciere, quedará obligado al pago de las remuneraciones por el tiempo que dure la paralización, pues, esta no es imputable a los trabajadores.

5.9. El cierre por sanción al empleador

La legislación vigente contempla la posibilidad que, por disposición de la autoridad competente, los centros de trabajo pueden ser cerrados en forma temporal como sanción por el incumplimiento de normas legales, sobre todo de orden tributario y administrativo.

En estos casos, por mandato del Decreto Supremo del 26 de febrero de 1962, el empleador queda obligado a continuar con el pago de los salarios y beneficios sociales de sus trabajadores mientras duren las medidas temporales de clausura.

En el caso concreto de la sanción de cierre temporal impuesta por la Sunat, el último párrafo del artículo 183.° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N.° 133-2013-EF, establece lo siguiente:

> "La sanción de cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, y la de suspensión a que se refiere el presente artículo, no liberan al infractor del pago de las remuneraciones que corresponde a sus trabajadores durante los días de aplicación de la sanción, ni de computar esos días como laborados para efecto del jornal dominical, vacaciones, régimen de participación de utilidades, compensación por tiempo de servicios y, en general, para todo derecho que generen los días efectivamente laborados; salvo para el trabajador

o trabajadores que hubieran resultado responsables, por acción u omisión, de la infracción por la cual se aplicó la sanción de cierre temporal. El contribuyente sancionado deberá comunicar tal hecho a la Autoridad de Trabajo.

Durante el período de cierre o suspensión, no se podrá otorgar vacaciones a los trabajadores, salvo las programadas con anticipación".

5.10. Licencia protectora por denuncias de actos de corrupción (Decreto Legislativo N.° 1327)

El Decreto Legislativo N.° 1327 y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N.° 010-2017-JUS, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de enero de 2017 y el 14 de abril de 2017, respectivamente, han establecido medidas de protección laboral para los denunciantes de actos de corrupción, entre las cuales se encuentra la "Licencia con goce de remuneraciones o exoneración de la obligación de asistir al centro de labores de la persona denunciada, en tanto su presencia constituya un riesgo cierto e inminente para la determinación de los hechos materia de denuncia" (literal c del artículo 6° del Decreto Supremo N.° 010-2007-JUS).

5.11. Licencia por atención a familiar con Alzheimer (Ley N.° 30795)

La Ley N.° 30795, Ley para la prevención y tratamiento de la enfermedad de Alzheimer y otras demencias, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de junio de 2018, ha establecido los derechos de los familiares directos y cuidadores a cargo de pacientes que padezcan de Alzheimer y otras demencias, dentro de los cuales se encuentra el derecho a solicitar a su empleador hasta una jornada laboral de permiso remunerado al año, a fin de atender las necesidades del paciente (literal d del artículo 8.°).

Por su parte, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.° 030-2018-SA, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de diciembre de 2018, en su Capítulo VIII, establece facilidades en materia laboral para los familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de pacientes que adolezcan de Alzheimer u otras demencias. A continuación, presentamos la parte pertinente de la norma legal citada.

"Artículo 16.- Permiso remunerado

16.1 El permiso remunerado regulado en el literal d) del artículo 8 de la Ley es otorgado hasta por una jornada laboral al año. Para tal efecto, la jornada laboral es aquella que corresponde al trabajador que solicita el permiso.

16.2 El permiso remunerado puede gozarse por horas, no necesariamente continuas, siempre que no supere el equivalente a una jornada laboral del trabajador dentro del año calendario respectivo.

16.3 Para el goce del permiso remunerado, el trabajador debe presentar a su empleador con una anticipación mínima de 72 horas al día que pedirá permiso, lo siguiente:

a) Una comunicación escrita por medio físico o correo electrónico dirigida al empleador solicitando el otorgamiento del permiso remunerado e indicando la fecha, cantidad de horas requeridas y los hechos que lo motivan.
b) En el caso de familiar directo, la documentación que acredita su vínculo con el paciente con enfermedad de Alzheimer y otras demencias.
c) En el caso del cuidador, la designación vía notarial, certificado médico, informe médico, constancia policial o certificado domiciliario respectivo.

Artículo 17.- Facilidades laborales extraordinarias

17.1 Entre las facilidades laborales extraordinarias, reguladas en el literal b) del artículo 8 de la Ley, se consideran las siguientes:

a) Ajustes en la jornada, horario y/o turnos de trabajo.
b) Cambio de la modalidad presencial de trabajo a la de teletrabajo, total o parcial.
c) Permisos remunerados adicionales a la jornada de permiso prevista en el literal d) del artículo 8 de la Ley; y/o permisos sujetos a compensación o descuento.
d) Licencias con goce o sin goce de haber; o licencia a cuenta del periodo vacacional u otorgamiento de adelanto de vacaciones, en el marco de las normas aplicables al régimen laboral del respectivo trabajador.

e) Otras facilidades que se otorguen de común acuerdo con el empleador.

17.2 Los trabajadores tienen derecho a solicitar facilidades laborales extraordinarias, quedando sujeto el otorgamiento de las mismas a la autorización del empleador.

17.3 Las reglas para la solicitud y otorgamiento de las facilidades laborales extraordinarias son establecidas por cada empleador, observando las normas generales que sean de aplicación según la materia.

Artículo 18.- Concurrencia de más de un familiar directo y/o cuidador

En caso de concurrencia de más de un familiar directo y/o cuidador respecto a un mismo paciente con enfermedad de Alzheimer y otras demencias, cada uno de ellos tendrá el derecho a solicitar el permiso remunerado y/o las facilidades laborales extraordinarias, incluso cuando concurran en un mismo centro de trabajo, no siendo excluyentes sus derechos.

Artículo 19.- Facultad de fiscalización

Los empleadores del sector público y privado tienen la facultad de fiscalizar el uso debido del permiso remunerado y las facilidades laborales extraordinarias previstas en la Ley y el presente Reglamento, para lo cual los trabajadores deben prestar la debida colaboración.

De acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, el uso del permiso remunerado y las facilidades laborales extraordinarias para fines distintos a los previstos en la Ley y el presente Reglamento puede ser calificado como una falta disciplinaria, aplicándose las consecuencias previstas para cada régimen laboral.

Artículo 20.- Beneficio más favorable

En caso existan o se establezcan beneficios similares por decisión del empleador, convenio colectivo o cualquier otra fuente, es aplicable el que resulte más favorable para el trabajador".

5.12. Licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad (Ley N.º 30119)

La Ley N.° 30119, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 03 de diciembre de 2013, concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

Esta licencia es otorgada al padre o madre, tutor o curador de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, hasta por cincuenta y seis horas alternas o consecutivas anualmente, las cuales, son concedidas a cuenta del período vacacional. También se compensan con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador (primer párrafo del artículo 2.°).

De ser necesario se otorgan horas adicionales, siempre que sean a cuenta del período vacacional o compensables con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador en ambos supuestos (segundo párrafo del artículo 2.°).

El Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 013-2017-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de agosto de 2017, en su Título II, regula las licencias otorgadas en la citada Ley, en los términos siguientes:

> **"Artículo 4.- Reglas para su otorgamiento**
> El otorgamiento de la licencia regulada en la Ley se rige por las siguientes reglas:
> 4.1. Las horas de licencia otorgadas por el empleador corresponden a las horas empleadas para la asistencia médica y/o terapia de rehabilitación durante la jornada ordinaria de trabajo.
> La licencia se otorga por cada hijo o por cada persona bajo tutela, curatela o dependencia que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación.
> 4.2. El límite de cincuenta y seis (56) horas de duración de la licencia se determina por año calendario.
> 4.3. El trabajador o la trabajadora puede hacer uso de horas de licencia de forma proporcional al récord vacacional acumulado al momento de solicitarla, independientemente del régimen laboral que lo regule.

4.4. Las horas extraordinarias compensatorias no originan pago de sobretasa alguna siempre que se limiten al periodo efectivamente utilizado por el trabajador o la trabajadora.

En caso que las horas extraordinarias de trabajo superen al periodo efectivamente utilizado, el exceso se sujeta a las normas que regulan la prestación de trabajo en sobretiempo en el sector público o privado, según corresponda.

Artículo 5.- Trámite de la licencia

Para el trámite de la licencia ante el empleador se deben observar las siguientes reglas:

5.1. El trabajador o la trabajadora debe presentar una solicitud en la que se indiquen los motivos, los días y las horas en que se desea hacer uso de las horas de licencia, así como especificar si ésta se solicita a cuenta del periodo vacacional o mediante la compensación con horas extraordinarias de labores. La solicitud debe ser acompañada de la documentación correspondiente, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley y el presente reglamento.

La posibilidad de que las horas de licencia sean compensadas mediante horas extraordinarias de labores se sujeta a la conformidad expresa del empleador. De no mediar respuesta dentro del plazo de siete (7) días de antelación, el trabajador o la trabajadora puede considerar válidamente aceptada esta modalidad de ejercicio de la licencia. Lo previsto en este párrafo no aplica en el caso de las horas adicionales de licencia a que se refiere el segundo párrafo del artículo 2 de la Ley.

Por decisión del empleador, convenio colectivo o cualquier otra fuente podrá preverse un plazo de anticipación menor a los siete (7) días naturales señalados en la Ley para la presentación de la solicitud.

5.2. La situación de tutor, prevista en el literal c) del artículo 3 de la Ley, se acredita conforme a lo dispuesto en el Código Civil y normas complementarias.

5.3. La constancia o certificado de atención, a que se refiere el último párrafo del artículo 3 de la Ley, debe ser emitida por el profesional médico, el tecnólogo médico habilitado o el profesional especializado y debidamente habilitado que se encuentre a cargo.

La constancia o certificado de atención se emite conforme al formato aprobado mediante la Primera Disposición Complementaria Final. No obstante, es posible el empleo de formatos establecidos por un establecimiento de salud, público o privado, siempre que se incluya como mínimo la información prevista en el formato aprobado por la presente norma.

5.4 El trabajador o la trabajadora indica en la solicitud, con carácter de declaración jurada sujeta a fiscalización por el empleador, a la persona mayor de edad con discapacidad en condición de dependencia que está bajo su cuidado. En este caso, el trabajador debe presentar el certificado de discapacidad correspondiente.

Artículo 6.- De las trabajadoras y los trabajadores que laboran para un mismo empleador

6.1. En caso los padres laboren para un mismo empleador, la licencia aplica solamente para uno de ellos; no obstante, aquellos pueden distribuirse las horas de licencia que otorga la Ley. A tal efecto, ambos padres suscriben la solicitud, indicando la forma en la que se distribuirá el uso de la licencia, y observando lo previsto en la Ley y el presente Reglamento.

6.2. Sin perjuicio de lo anterior, ambos padres pueden variar la forma en que se hará uso de la licencia, para lo cual presentan una comunicación al empleador observando el plazo de antelación de siete (7) días previsto en la Ley.

6.3. Se toman en cuenta las horas de licencia gozadas por cada uno de los padres a efectos de calcular el límite máximo de horas previsto en la Ley.

6.4. En caso que, de acuerdo con lo previsto en las normas del Código Civil y normas complementarias, uno de los padres cuente con la tenencia del menor que requiere de asistencia médica o terapia de rehabilitación, aquél tiene preferencia para el otorgamiento de la licencia prevista en la Ley.

6.5. Lo dispuesto en los numerales anteriores es extensible en lo que corresponda a los tutores, curadores y cuidadores de personas mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia que ejercen

dicha responsabilidad mancomunadamente respecto de una misma persona y que trabajan a favor del mismo empleador.

Artículo 7.- Cómputo del plazo de entrega de la constancia o certificado de atención

En caso que el plazo de entrega de la constancia o certificado de atención médica se cumpla en un día inhábil, aquél se prorroga al primer día hábil siguiente.

Artículo 8.- Fiscalización sobre el uso de la licencia

De acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, el uso de la licencia para fines distintos a los previstos en la Ley y el presente Reglamento se califica como una falta disciplinaria grave, aplicándose las consecuencias que las normas correspondientes determinen para el sector público o privado, según corresponda".

5.13. Licencia por violencia familiar (Ley N.° 30364)

La Ley N.° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de noviembre de 2015, establece el derecho a la suspensión de la relación laboral al trabajador o trabajadora que es víctima de violencia familiar.

Esta suspensión del vínculo laboral procede a pedido de la víctima y atendiendo a la gravedad de la situación; la otorga el juez a cargo del proceso hasta por un máximo de cinco meses consecutivos sin goce de remuneraciones (artículo 11.°).

5.14. Licencia para representación ante el Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley No.29783)

La Ley N.° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de agosto de 2011, establece en su artículo 32.°, modificado por el artículo 2.° de la Ley N.° 30222, publicada el 11 julio 2014, las facilidades que gozan los representantes y supervisores de seguridad y salud en el trabajo.

Los miembros del comité paritario y supervisores de seguridad y salud en el trabajo tienen el derecho a obtener, previa autorización del mismo comité, una licencia con goce de haber para la realización de sus funciones, de protección contra el despido incausado y de facilidades para el desempeño de sus funciones en sus respectivas áreas de trabajo, seis meses antes y hasta seis meses después del término de su función. Las funciones antes señaladas son consideradas actos de concurrencia obligatoria que se rigen por el artículo 32 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La ampliación de la licencia sin goce de haber requiere la opinión favorable del comité paritario (artículo 32.°, modificado por Ley N.° 30222).

Asimismo, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.° 005-2012-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de abril de 2012, en su artículo 73.°, modificado por el artículo 1.° del Decreto Supremo N.° 006-2014-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 agosto 2014, ha precisado el derecho a esta licencia en los términos siguientes:

> **"Artículo 73.-** Los miembros trabajadores del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo y los Supervisores de Seguridad y Salud en el Trabajo gozan de licencia con goce de haber por treinta (30) días naturales por año calendario para la realización de sus funciones. Cuando las actividades tengan duración menor a un año, el número de días de licencia es computado en forma proporcional. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley, los días de licencia o su fracción se consideran efectivamente laborados para todo efecto legal.
>
> Entiéndase que en el caso de los Supervisores de Seguridad y Salud en el Trabajo, la autorización previa requerida para el uso de licencia con goce de haber o su ampliación referida en el artículo 32 de la Ley, es otorgada por el empleador que, por tener menos de veinte (20) trabajadores a su cargo, no está obligado a contar con Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo [...]".

5.15. La suspensión como medida de protección en caso de hostigamiento sexual en el trabajo (Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP)

El Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, Reglamento de la Ley N.° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de enero de 2019, ha previsto que en los casos de hostigamiento sexual, el órgano encargado de otorgar medidas de protección al trabajador o trabajadora hostigada puede disponer la suspensión temporal del presunto hostigador u hostigadora (literal b del numeral 18.2 del artículo 18.°).

Esta suspensión se mantendrá vigente hasta que se emita la decisión que ponga fin al procedimiento de investigación y sanción del hostigamiento sexual.

Entendemos que esta suspensión es con goce de haber porque se está aplicando a una persona que goza de la presunción de inocencia.

5.16. Licencia con goce de haber para trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo en el caso del Covid-19 (Decreto de Urgencia N.º 026-2020)

El Decreto de Urgencia N.° 026-2020, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de marzo de 2020, permite que los trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo por edad o factores clínicos, cuyas labores no sean compatibles con el trabajo remoto y mientras dure la emergencia sanitaria por el COVID-19, tienen derecho a que su empleador les otorgue una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior (numeral 20.2 del artículo 20.°).

5.17. Licencia con goce de haber para trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo al servicio de un empleador privado en el caso de COVID-19 (Decreto Supremo N.º 010-2020-TR)

El Decreto Supremo N.° 010-2020-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de marzo de 2020, ha desarrollado disposiciones para el Sector Privado sobre trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N.° 026-2020.

En los casos de trabajadores pertenecientes al grupo de riesgo al servicio de un empleador privado, en que, por la naturaleza de sus funciones, no sea posible el desarrollo de trabajo remoto, se aplica obligatoriamente la licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior. El empleador/a podrá exonerar al trabajador/a de la referida compensación (numeral 10.2 del artículo 10.°)

5.18. Licencia para la atención de familiares directos que cuentan con diagnóstico de Covid-19 o que son grupo de riesgo qúe son grupo de riesgo un posible contagio de COVID-19 y que en ambos casos no se encuentren hospitalizados (Decreto Legislativo N.º 1499)

El Decreto Legislativo N.° 1499 publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 10 de mayo de 2020, que establece mediadas diversas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos laborales de los trabajadores/as en el marco de la emergencia sanitaria por el Covid-19, otorga licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior a servidores civiles y los trabajadores/as que están a cargo del cuidado y sostén de familiares directos que cuenten con diagnóstico de COVID-19 y que no se encuentran hospitalizados. La oportunidad de compensación es acordada entre la entidad o empleador y el servidor civil o trabajador/a (literal c del numeral 16.1 del artículo 16.°).

5.19. Licencia con goce de haber en caso de obras bajo administración directa de entidades públicas en casos de COVID-19 (Decreto Legislativo No.1499)

El Decreto Legislativo N.°1499, antes ya mencionado, también autoriza el otorgamiento de licencia con goce de haber a los trabajadores/as obreros/as que desarrollan labores de construcción civil, indistintamente del régimen laboral, de acuerdo con lo establecido por el literal a) del numeral 26.2 del artículo 26.° del Decreto de Urgencia N.° 029-2020 (artículo 19.°).

5.20 Licencia para exámenes de detección de cáncer de mama

La Ley N.° 31561, publicada el 16 de agosto de 2022, establece el derecho de las trabajadoras del sector público y privado, a una licencia para exámenes de detección de cáncer de mamá y cuello uterino.

Bibliografía

Libros

- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7ª. Edición. Bogotá: Temis.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Enfoque Teórico Practico, 1ª. Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

CAPÍTULO X
LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJO

Sumario: 1. La extinción del contrato de trabajo. 2. Fallecimiento de una de las partes. 3. La renuncia o retiro voluntario. 4. El vencimiento del plazo en los contratos celebrados bajo modalidad. 5. El mutuo disenso. 6. Invalidez absoluta o permanente. 7. Jubilación. 8. El despido. 9. Terminación por causa objetiva.

1. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Todo contrato de trabajo tiene un principio, un desarrollo y un final. Esta terminación podrá tener su origen en la voluntad unilateral o coincidente de las partes que las establecieron o en causas ajenas a sus deseos, incluidas dentro de estas últimas, la más extrema de todas como es la muerte.

En las siguientes líneas analizaremos sucintamente cada una de las causales de extinción del contrato de trabajo previstas en el artículo 16.° del TUOLPCL.

"**Artículo 16.-** Son causas de extinción del contrato de trabajo:

a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
e) La invalidez absoluta permanente;
f) La jubilación;

g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley".

2. FALLECIMIENTO DE UNA DE LAS PARTES (LITERAL A DEL ARTÍCULO 16.° DEL TUOLPCL)

La muerte es una causal de naturaleza biológica, ajena a la voluntad de las partes, que opera como sustento de la extinción del contrato de trabajo cuando se produce el fallecimiento del trabajador o del empleador, si este último es una persona natural.

De acuerdo con el artículo 61.° del Código Civil, la muerte pone fin a la personalidad.

La muerte como causal de extinción del contrato de trabajo tiene diversos efectos, según se trate del deceso del trabajador o del empleador.

2.1. La muerte del trabajador

Teniendo el contrato de trabajo carácter de personalísimo para el trabajador, es evidente que su muerte extingue la relación laboral de hecho, sin necesidad de formalidad alguna.

Debe tenerse presente que, si bien la muerte del trabajador termina con el contrato de trabajo, ello no extingue los derechos de carácter económico que conforme a ley pudieran corresponder a sus causahabientes.

2.2. La muerte del empleador como persona natural

Al contrario de lo que ocurre con el fallecimiento del trabajador, esta causal extintiva solo operará cuando el empleador sea una persona natural; si se tratase de una persona jurídica, la muerte de uno o más de sus integrantes no afecta la vigencia del vínculo laboral, ya que el mismo es con el ente colectivo y no con sus integrantes en forma individual.

Nuestra legislación admite que, en el caso de fallecimiento del empleador, sus herederos acuerden por escrito con el trabajador que este continúe prestando sus servicios por un breve lapso, que no excederá de un año, a efectos de proceder a la liquidación del negocio. Este acuerdo debe ser puesto en conocimiento de la

Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de su registro (artículo 17.° del TUOLPCL).

9. LA RENUNCIA O RETIRO VOLUNTARIO DEL TRABAJADOR (LITERAL B DEL ARTÍCULO 16.° DEL TUOLPCL)

La renuncia, llamada también retiro, puede definirse como la decisión unilateral del trabajador de dar por terminada la relación de trabajo cumpliendo, previamente, con las formalidades exigidas por la legislación, tales como son comunicar a su empleador, en la forma y plazo establecidos por la ley, su voluntad de extinguir el contrato de trabajo que mantenía.

La renuncia tiene su fundamento en el último párrafo del artículo 23.° de nuestra Constitución, el cual, establece que "nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento" lo que le otorga al trabajador amplia libertad para continuar prestando sus servicios a favor de quien considere pertinente.

La Corte Suprema de Justicia al resolver la Casación Laboral N.° 17573-2016 LAMBAYEQUE, del 13 de marzo de 2018, ha considerado que la renuncia constituye una manifestación libre y voluntaria del trabajador en la que se evidencia el deseo de dar por concluido el vínculo laboral, siendo que, en el caso de alegarse intimidación, esta deberá ser probada de manera fehaciente al interior del proceso.

Asimismo, la Corte Suprema al resolver la Casación Laboral N.° 09019-2015 LIMA, del 08 de abril de 2016, ha señalado que, cuando la renuncia se encuentra afectada por un vicio del consentimiento, no es equiparable al despido sin causa, sino que aquella es ineficaz y, por lo tanto, el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad.

El trabajador no tiene que justificar la causa de su renuncia, basta que la presente en forma escrita y con un plazo de anticipación de treinta (30) días a la fecha en que se producirá la cesación definitiva de los servicios, pudiendo, incluso, solicitar la exoneración de este plazo de espera, caso en el cual, si el empleador no le expresa por escrito una respuesta negativa dentro de los tres (03) días de recepcionada su solicitud, se tendrá por aceptada la misma (artículo 18.° del TUOLPCL).

El empleador tiene la potestad de dispensar al trabajador en forma total o parcial del plazo de espera antes mencionado, no pudiendo este último formular reclamo alguno por la aceptación inmediata de su renuncia.

En el caso que el empleador, en forma expresa, negase al trabajador el exonerarlo del plazo de preaviso de renuncia, este deberá continuar laborando hasta el cumplimiento del plazo (artículo 27.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR) y si el trabajador se retirase de sus labores, desacatando esta negativa de su patrono, incurrirá en falta grave de abandono de trabajo, pudiendo no solo ser objeto de un despido disciplinario, sino también de una demanda indemnizatoria por los daños y perjuicios que ocasionase con su retiro.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 14019-2018 LAMBAYEQUE, del 09 de enero de 2020, ha considerado que la renuncia del trabajador constituye una causa de extinción del contrato de trabajo que deriva de su voluntad unilateral, por lo tanto, el empleador no podrá oponerse, pero, sí podrá aceptar o rechazar la exoneración del plazo de preaviso, en este caso último, lo deberá hacer por escrito dentro del tercer día.

Somos de la opinión que la renuncia del trabajador es de carácter irrevocable, aun, cuando no haya sido aceptada expresamente por el empleador dentro del plazo de ley, ya que, admitir lo contrario, sería atentatorio contra la buena fe que debe primar entre las partes, resultando carente de toda seriedad que un trabajador comunique su renuncia al empleador y, luego, le manifieste que se desiste de tal decisión.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 01568-2013-PA/TC, del con fecha 15 de julio de 2013, manifestó que en el caso que el trabajador se desista de su renuncia, el empleador no está obligado a aceptar este desistimiento.

Debemos recordar también que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivale a una renuncia y produce los efectos de la misma (artículo 28.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Sobre esta última causal debemos decir que es propia de los trabajadores de dirección y de confianza, quienes desde el inicio de tal relación conocen la naturaleza de la misma, por tal motivo, creemos que no puede considerarse

como un despido la aceptación por el empleador como renuncia de la puesta a disposición el cargo.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 4396-2017 LIMA, del 11 de junio de 2018, consideró que los trabajadores que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza" de su empleador, por lo que, el despido de un trabajador de confianza no pude acarrear su reposición.

El criterio del Supremo Tribunal define claramente la falta de estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, la que les puede ser retirada por su empleador en cualquier momento, sin la posibilidad de reclamar reposición, este criterio es válido también para los casos de extinción de la relación laboral por aceptación de la puesta a disposición del cargo.

4. LA TERMINACIÓN DE LA OBRA O SERVICIO, EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA Y EL VENCIMIENTO DEL PLAZO EN LOS CONTRATOS LEGALMENTE CELEBRADOS BAJO MODALIDAD (LITERAL C DEL ARTÍCULO 16.° DEL TUOLPCL)

Este inciso comprende tres supuestos que pasaremos a comentar en las líneas siguientes.

4.1. La terminación de obra o servicio

Es evidente que si se concluye con la obra o servicio para los cuales fue contratado el trabajador el contrato debe terminar, pues, carecería de objeto que mantuviera su vigencia al haberse extinguido la causa objetiva que lo originó.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 229-2006 LIMA, del 20 de marzo del 2007, señaló que no procede el pago de la indemnización por despido cuando la relación laboral ha concluido al haber terminado la función desempeñada por el trabajador demandante y no por causa ilegitima que acredite el despido arbitrario.

4.2. La condición resolutoria

Si bien la regla es que los contratos de trabajo se celebren a plazo indeterminado, no existe impedimento legal para que puedan celebrarse sujetos

a una duración predeterminada, siempre y cuando la naturaleza de los servicios a prestar así lo permita.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 4936-2014 CALLAO, del con fecha 25 de mayo del 2015, ha establecido que para que la condición resolutoria opere como causa de extinción se requiere que la causa se formule de manera expresa y que sea válida, es decir, no sea contraria al orden público, ni a las buenas costumbres, y que se respete el principio de indisponibilidad de derechos contenidos en la Constitución. Siendo que la misma puede ser estipulada en un contrato laboral de duración indeterminada, pues, no existe prohibición legal que restrinja la aplicación de la cláusula resolutoria únicamente a los contratos modales; no obstante, su inclusión solo puede ser admitida en forma excepcional.

4.3. El vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad

El TUOLPCL en su Título II, bajo el epígrafe "De los Contratos Sujetos a Modalidad", regula las diversas clases de contratos que admite nuestra legislación como sujetos a una duración determinada.

En los contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya duración tiene un plazo, el vencimiento del mismo extingue automáticamente el contrato sin necesidad de que las partes así lo declaren.

Nuestra ley ha previsto que si el trabajador continuara prestando servicios después del vencimiento del plazo estipulado en el contrato o después de las prórrogas pactadas, se considerará que dicho contrato se ha convertido en uno de plazo indeterminado (literal a del artículo 77.° del TUOLPCL).

5. EL MUTUO DISENSO ENTRE EL EMPLEADOR Y EL TRABAJADOR (LITERAL D DEL ARTÍCULO 16.° TUOLPCL)

El contrato de trabajo es un acto jurídico nacido de la voluntad conjunta del trabajador y el empleador, por lo tanto, es posible también que pueda ser extinguido por acuerdo de quienes le dieron origen. Este modo extintivo tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de los contratantes, pero, el ejercicio de esta libertad no debe afectar derechos laborales ya generados, pues, en ese caso, estaría incurriendo en una causal de nulidad.

La terminación del contrato de trabajo por mutuo disenso exige los requisitos siguientes:

i) La existencia previa de un contrato de trabajo, antes de la celebración del mutuo acuerdo debe existir un contrato a plazo indeterminado o sujeto a modalidad que las partes desean resolver libremente.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 16508-2015 SULLANA, del 10 de agosto de 2017, ha señalado que el mutuo disenso entre el trabajador y el empleador constituye una causa de extinción del contrato de trabajo que deriva de la voluntad de las partes para extinguir sus relaciones jurídicas obligacionales, debiendo constar por escrito.

ii) Cumplimiento de la forma exigida por la ley; para nuestro ordenamiento jurídico, la extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso es un acto formal, pues, la ley exige que el acuerdo para poner fin a la relación laboral deba constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales (artículo 19.° del TUOLPCL).

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver con fecha 07 de mayo de 2018, ha establecido que el artículo 19.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, prevé que el acuerdo que pone término a la relación laboral debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales.

Es conveniente recordar que el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 04197-2013-PA/TC, del 09 de mayo de 2014, ha señalado que existiendo una liquidación donde consta que la relación laboral que mantenían las partes se extinguió por mutuo disenso con el cobro de un incentivo económico, no puede considerarse que se haya presentado un despido fraudulento.

8. LA INVALIDEZ ABSOLUTA PERMANENTE (LITERAL E DEL ARTÍCULO 16.° DEL TUOLPCL)

La invalidez permanente puede definirse como un estado de salud del trabajador quien, después de haber sido sometido a un tratamiento médico,

presenta una reducción probablemente permanente de sus facultades físicas o mentales que disminuyen o anulan su capacidad para el trabajo.

En nuestra legislación previsional, el artículo 24.° del texto del Decreto Ley N.° 19990 considera que un trabajador sufre invalidez absoluta permanente cuando "[...] se encuentra en incapacidad física o mental prolongada o presumida permanente, que le impide ganar más de la tercera parte de la remuneración o ingreso asegurable que percibiría otro trabajador de la misma categoría, en un trabajo igual o similar en la misma región" (literal a del artículo 24.°); asimismo, la referida norma considera inválido "[...] al asegurado que, habiendo gozado de subsidio por enfermedad durante el tiempo máximo establecido por la ley continúa incapacitado para el trabajo" (literal b del artículo 24.°).

Para la aplicación de esta causal es irrelevante que la invalidez se haya originado por causas relacionadas con la relación laboral o ajenas a ella. Igualmente, no tendrá mayor importancia la posibilidad que en un largo plazo exista la posibilidad remota e incierta de recuperación de la capacidad del inválido.

La causal de invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada por EsSalud, el Ministerio de Salud o una Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú a solicitud del empleador (artículo 20.° del TUOLPCL).

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 11727-2016 LIMA SUR, del 31 de octubre de 2017, consideró que la invalidez absoluta permanente constituye una causal de extinción del vínculo laboral, siempre que la Comisión Médica Evaluadora y Calificadora de Incapacidades de EsSalud o del Ministerio de Salud evalúe físicamente al trabajador con vista de su historia clínica y determine que el menoscabo y grado de incapacidad para el trabajo es en proporción igual o superior a dos tercios.

Aunque la ley no lo precisa, creemos que esta causal no solo es de aplicación al trabajador sino también al empleador cuando es una persona natural.

7. LA JUBILACIÓN (LITERAL F DEL ARTÍCULO 16.º)

La jubilación ha sido definida como el derecho que tiene el trabajador para dejar de ejercer una actividad remunerada y retirarse de la vida laboral al alcanzar determinada edad, percibiendo una renta vitalicia sustitutoria de los ingresos que

recibía mientras laboraba. Entendida de esta manera, la jubilación resulta ser voluntaria; sin embargo, no siempre es así, pues, también puede tener carácter obligatorio, como sucede en el caso previsto en el artículo 21.° del TUOLPCL.

La norma mencionada en el párrafo anterior contempla dos supuestos: a) la jubilación obligatoria de los trabajadores que tengan derecho a este beneficio con sujeción a la normatividad específica del Sistema Nacional de Pensiones o del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y b) la jubilación obligatoria y automática de los trabajadores que cumplan setenta años de edad, salvo pacto en contrario.

7.1. Jubilación obligatoria de trabajadores con derecho a pensión en el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones

Como sabemos, actualmente, en nuestro país, los sistemas previsionales más importantes son: el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Para que un trabajador pueda tener derecho a una pensión por jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones se exigen dos requisitos fundamentales: El haber efectuado aportes a dicho sistema por un período no menor de veinte años completos (artículo 1.° del Decreto Ley N.° 25967) y el contar con sesenta y cinco años de edad, pudiendo fijarse edades de jubilación inferiores para aquellos grupos de trabajadores que realizan labores en condiciones particularmente penosas que implican un riesgo para la vida o la salud proporcionalmente creciente a la edad de los trabajadores, siempre que cumplan con los requisitos de aportación establecidos por la ley (artículo 9.° de la Ley N.° 26504).

Por otra parte, en el Sistema Privado de Fondos de Pensiones, para gozar de una pensión por jubilación el trabajador debe haber cumplido sesenta y cinco años de edad (artículo 41.° del Decreto Supremo N.° 054-97-EF), no siendo gravitante el tiempo de aportes, pues, el que aportó un mayor número de años tendrá una pensión más significativa que el servidor que aportó durante menos tiempo.

Para aplicar esta causal de extinción del contrato de trabajo es necesario que el empleador comunique por escrito al trabajador su voluntad de aplicarla, a efectos que este inicie el trámite para el otorgamiento de su pensión.

El cese efectivo del trabajador se encuentra condicionado a que se le reconozca el derecho a percibir una pensión, caso contrario, el mismo no operará. La ley exige, además, que el empleador deba asumir la obligación de cubrir la diferencia entre la pensión otorgada por los sistemas previsionales y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión y a reajustarla periódicamente en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión (artículo 21.° del TUOLPCL).

Esta pensión otorgada por el empleador se extinguirá con la muerte del trabajador beneficiario de la misma (artículo 29.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 16297-2014 ICA, del 07 de junio de 2016, ha establecido que la obtención de una pensión por jubilación constituye una causal de extinción de la relación laboral conforme al literal f) del artículo 16.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.° 003-97-TR.

7.2. La jubilación obligatoria y automática de los trabajadores que cumplan setenta años de edad

Salvo que las partes hayan pactado lo contrario, el contrato de trabajo se extingue en forma obligatoria y automática al cumplir el trabajador setenta (70) años de edad, siempre que el servidor tenga derecho a una pensión por jubilación, sin importar el monto de la misma que le correspondería recibir ni el inicio de algún trámite administrativo para el otorgamiento de dicha pensión (artículo 30.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

De la redacción se aprecia que los únicos requisitos para la jubilación obligatoria es el cumplir setenta (70) años y tener derecho a una pensión, cualquiera sea su monto.

La Corte Suprema de Justicia de la Republica al resolver la Casación Laboral N.° 2704-2016 ANCASH, del 25 de mayo de 2017, ha considerado que se configura la causal de terminación de la relación laboral por jubilación obligatoria del trabajador cuando este cumple setenta (70) años de edad, salvo pacto en contrario. El pacto en contrario debe constar por escrito.

8. EL DESPIDO

El despido puede definirse como la terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, basado o no en la existencia de una causa justa.

En el presente capítulo no haremos mayor desarrollo sobre el tema del despido, pues, el mismo será objeto de un análisis exhaustivo en un capítulo posterior.

9. TERMINACIÓN POR CAUSA OBJETIVA

Dentro de esta causal tenemos el cese colectivo por causas objetivas, en los casos y forma permitidos por la ley (literal h del artículo 16.° del TUOLPCL).

Las causas objetivas pueden definirse como aquellas situaciones extraordinarias, vinculadas al funcionamiento de la empresa, que justifican la extinción del contrato de trabajo de una pluralidad de personas.

El artículo 46.° del TUOLPCL establece lo siguiente:

Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

a) El caso fortuito y la fuerza mayor;
b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845.

A continuación, comentaremos brevemente cada una de estas causales.

9.1. El caso fortuito y la fuerza mayor

Aunque son dos situaciones sustancialmente distintas, el TUOLPCL no establece diferencia alguna entre qué hechos deben considerarse como caso fortuito y cuáles fuerza mayor. En las normas reglamentarias tampoco encontramos una diferenciación de estas causales, pues, el artículo 21.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR, referido a casos de suspensión del contrato de trabajo, se limita a establecer lo siguiente: "Se configura el caso fortuito o la fuerza mayor, cuando el hecho invocado tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible y que haga imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo".

Por nuestra parte, siguiendo el criterio establecido por la doctrina, consideramos que el caso fortuito es un hecho inesperado, inevitable e irresistible, ajeno a toda voluntad humana, que hace imposible continuar con la ejecución del contrato de trabajo. El caso fortuito, por lo general, tiene su origen en los fenómenos de la naturaleza, dentro de los que cabe señalar los terremotos, inundaciones, sequías, plagas, epidemias y otros desastres naturales.

La fuerza mayor, por su parte, también es un hecho imprevisible, inevitable e irresistible que justifica la disolución del vínculo laboral, pero, cuyo origen es un acto del hombre. Dentro de esta causal podemos encontrar la guerra exterior, los actos terroristas con daños, las prohibiciones impuestas por el Estado para realizar determinada actividad económica, las modificaciones a la legislación tributaria que suprime normas de carácter promotor u otras decisiones gubernamentales que impiden el desarrollo de las actividades de la empresa.

Debemos reiterar que, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, para constituir causales de extinción del contrato de trabajo, deben ser de tal magnitud que imposibiliten de forma absoluta la continuación del vínculo laboral y no que simplemente lo hagan más difícil o más oneroso.

El TUOLPCL establece que, si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá, dentro del plazo de suspensión de actividades de noventa (90) días, solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo (artículo 46.° del TUOLPCL).

El Reglamento establece que, tratándose del cese colectivo por caso fortuito o fuerza mayor, el empleador, además de la documentación exigida por su artículo 63.°, debe adjuntar copia del acta de inspección que lleve a cabo el Sector correspondiente con audiencia de partes, en la cual, se concluya con la fundamentación respectiva sobre la procedencia de la causa objetiva invocada por el empleador (artículo 62.° del Decreto Supremo N.° 01-96-TR).

El empleador al solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo el cese colectivo deberá adjuntar la documentación siguiente:

a) Constancia de haber proporcionado al Sindicato o a falta de este a los trabajadores o sus representantes, la información pertinente indicando

con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados.

b) Justificación específica en caso de incluirse en el cese trabajadores protegidos por el fuero sindical.

c) La nómina de los trabajadores, consignando el domicilio de estos o del sindicato, o el de sus representantes.

9.2. Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos

Esta causal contempla cuatro hipótesis que pasamos a comentar brevemente en las líneas siguientes.

9.2.1. Motivos económicos

Hablar de motivos económicos para el cese colectivo de trabajadores es equivalente a hablar de crisis económica de la empresa.

Este motivo implica la presencia de una situación anormal en la actividad empresarial, en que los costos de producción de bienes y servicios son mayores a los ingresos obtenidos por su venta en el mercado, lo que hace que no resulte viable continuar con la actividad de la empresa, pues, ello la conduciría al fracaso económico total.

Explicando esta causal, BRIONES GONZALES (1995) nos dice que: "El concepto clave sería, pues, la inviabilidad económica. Puede no haber pérdidas, pero no haber el sustrato suficiente para pensar en la continuidad del negocio, salvo supuestos excepcionales en los que sea posible transformar el objeto del negocio, lo que ordinariamente ni es posible ni mucho menos exigible" (p. 24).

El Decreto Supremo N.° 013-2014-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de noviembre del 2014, ha definido el concepto de situación económica a efectos de la terminación colectiva de los contratos de trabajo en los términos siguientes:

> **"Artículo 1.- Situación económica de la empresa**
> La situación económica de una empresa está determinada por el contexto económico en que se desenvuelve la empresa y por las acciones que el empleador realiza con el fin de mejorar el desempeño económico de la empresa.

La terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos económicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, implica un deterioro de los ingresos, entendido como tal registrar tres trimestres consecutivos de resultados negativos en la utilidad operativa, o en una situación en la que de mantener la continuidad laboral del total de trabajadores implique pérdidas, situación que será sustentada con el informe que, para tal efecto, elabore una empresa auditora autorizada por la Contraloría General de la República.

La evaluación de la situación solo es aplicable para el término de contratos de trabajo por motivos económicos".

Sobre el cese colectivo por motivos económicos, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en el fundamento 3 de la Resolución Directoral General N.° 220-2018-MTPE/2/14 del 21 de noviembre de 2018, haciendo referencia al precedente de observancia obligatoria contenido en los fundamentos 11.8) y 11.9) de la Resolución Directoral General N.° 003-2013/MTPE/2/14, del 16 de enero de 2014, señala lo siguiente:

"De la lectura del fundamento 11.9 de la Resolución Directoral General N° 003-2013/MTPE/2/14, se desprende que el cese colectivo por motivos económicos puede producirse para revertir una crisis real, actual y suficiente por la que atraviesa la empresa; en tal sentido, corresponde evaluar si la pericia presentada por la Empresa cumple con sustentar la necesidad de recurrir a la extinción colectiva de los contratos de trabajo, sobre la base de una crisis económica que tenga las características antes mencionadas.

A mayor abundamiento, dichas características (crisis real, actual y suficiente) son desarrolladas en el fundamento 9.4 de la citada resolución, de la siguiente manera:

. **La realidad de la crisis:** es decir, que esta afecta verdaderamente a la empresa, para lo cual se debe analizar la situación económica de la empresa o del centro de trabajo. No basta alegar que el sector al que dicha empresa pertenece se encuentra en crisis, sino que la misma

tiene que justificarse como es que esta le afecta y que ello se refleja en la situación económica de la misma.

En caso la situación económica de la empresa afecte exclusivamente a un centro de trabajo, antes de solicitar el cese de los trabajadores que realizan sus labores en ese centro, deberá evaluarse la viabilidad de reubicar a dichos trabajadores en las demás secciones de la empresa.

. **La suficiencia de la crisis:** la crisis ha de ser "permanente, definitiva e insuficiente, no meramente coyuntural" de manera que mantener el vínculo laboral resulte excesivo en tanto la continuidad de este ocasione más pérdidas que ganancias. Así, la crisis no solo debe justificarse en "las pérdidas de un ejercicio contable a otro, sino que debe referirse a un balance negativo. Esto es, donde los ingresos son menores que los gastos".

. **La crisis debe ser actual:** debe ocurrir en el preciso momento en el que se solicita la admisión del cese colectivo de trabajadores a la Administración, no debiendo basarse la misma en situaciones probables o especulaciones futuras. De la misma manera no se puede sustentar dicha crisis en hechos pasados cuyos efectos ya concluyeron.

Desde luego, cabe considerar que el Decreto Supremo N° 013-2014-TR ha sido emitido con posterioridad al precedente vinculante de observancia obligatoria contenido en los fundamentos 11.8 y 11.9 de la Resolución Directoral General N° 003-2013/MTPE/2/14, de fecha 16 de enero de 2013; sin embargo, ello no implica que dicho precedente sea per se incompatible en su totalidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 013-2014-TR, siendo factible, por el contrario, una lectura armónica de ambos instrumentos, en lo que no se opongan".

9.2.2. Motivos tecnológicos

Están referidos a los cambios que resulta necesario efectuar al interior de la empresa con la finalidad de evitar que su funcionamiento devenga en obsoleto como consecuencia de la constante evolución de la tecnología.

Dentro de estos motivos, cabe mencionar las variaciones en los sistemas administrativos y métodos de trabajo, la adopción de nuevos procesos técnicos, la renovación de maquinarias e instalaciones, entre otras transformaciones en el

centro de trabajo, que dan origen a que cierto personal resulte excedente por no haber sido capaz de adaptarse a las nuevas tecnologías.

Considero que debe existir una causalidad inmediata y directa entre los cambios tecnológicos y la necesidad de reducir personal.

9.2.3. Motivos estructurales

Sobre estos motivos de cese colectivo, el destacado autor nacional GÓMEZ VALDEZ (2000) nos dice que: "[...] afectan los contratos de trabajo cuando situaciones ajenas a la empresa, gestadas por la desorganización de las estructuras económicas o sociales del país, atacan directamente la organización de las empresas mismas, v. gr. una prolongada crisis económica o asonadas sociales a raíz de lo primero [...]" (p. 571).

Esta causal está relacionada fundamentalmente a situaciones de orden coyuntural en que el Estado autoriza a las empresas al cese de sus trabajadores con la finalidad de atenuar los efectos producidos por causas externas a la empresa y que afectan su organización.

9.2.4. Motivos análogos

Son todas aquellas causas ajenas a la voluntad de las partes que afectan seriamente el funcionamiento de la empresa y que justifican que la autoridad competente apruebe una terminación colectiva de los contratos de trabajo.

9.3. La disolución y liquidación de la empresa y la quiebra

De acuerdo al tipo de empresa o persona jurídica de que se trate, la legislación ha previsto las causales y procedimientos a seguir para la disolución y liquidación de las mismas.

La causal de quiebra se presenta cuando, después de un proceso de liquidación, el patrimonio de la empresa no resulte suficiente para pagar a todos los acreedores, en estos casos, el liquidador deberá solicitar la declaración judicial de quiebra del insolvente, para lo cual, iniciará el trámite correspondiente ante el juez especializado con sujeción a las normas contenidas en la Ley N.° 27809, Ley General del Sistema Concursal, del 26 de julio de 2002.

La disolución y liquidación de la empresa como causal de terminación de la relación laboral, ha sido recogida por la Corte Suprema en las ejecutorias recaídas en las Casaciones Nos. 78-98 LIMA, 1217-2000 LIMA y 1368-2000 LIMA del

25 de enero del 2000, 10 de noviembre del 2000 y 22 de noviembre del 2000, respectivamente.

9.4. La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N.º 845

La reestructuración patrimonial es un procedimiento por el cual una empresa en estado de insolvencia continúa funcionando por acuerdo de su Junta de Acreedores, cuando se presuma la existencia de posibilidades reales para su recuperación económica y financiera.

Según el artículo 49.° del TUOLPCL, el procedimiento de cese del personal de empresas sujetas al procedimiento de reestructuración patrimonial se sujeta a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.° 845; sin embargo, esta norma, actualmente, se encuentra derogada por la Ley N.° 27809 antes citada.

La disolución y liquidación de la empresa ha sido recogida por la Corte Suprema en la ejecutoria del 02 de febrero de 2001, recaída en la Casación N.° 1934-2000 LIMA.

Bibliografía

Libros

- BRIONES GONZALES, Carmen. (1995). La Extinción del Contrato de Trabajo por Causas Objetivas. Madrid: Edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.
- GOMEZ VALDEZ, Francisco. (2000). El Contrato de Trabajo, Parte General, Tomo I. Lima: Editorial San Marcos.

CAPÍTULO XI
EL DESPIDO POR CAUSA JUSTA

Sumario: 1. Generalidades. 2. Definición. 3. Causalidad del despido. 4. La protección contra el despido en los instrumentos internacionales. 5. La protección contra el despido en la Constitución. 6. La protección contra el despido en el TUOLPCL. 7. Clases de despido. 8. El despido por causas relacionadas con la capacidad del trabajador. 9. El despido por causas relacionadas con la conducta del trabajador. 10. Análisis de las faltas graves tipificadas en el TUOLPCL. 11. Procedimiento para el despido. 12. Verificación del despido. 13. Plazo de caducidad.

1. GENERALIDADES

La extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador es quizás uno de los temas más polémicos del Derecho Laboral, pues, en él se manifiesta, en su máxima expresión, por un lado el poder disciplinario patronal, el mismo que, si bien no es posible de discutir en cuanto a su existencia, sí resulta posible de ser limitado en su forma de ejercicio, intensidad y efectos del mismo; y de otro lado el derecho del trabajador a conservar el puesto de trabajo, que por lo general es la fuente de ingresos para él y su familia.

Lo polémico del tema ha originado que en la doctrina y el derecho comparado no exista uniformidad sobre el tema; sin embargo, podemos distinguir dos grandes posiciones: la que sostiene que para el éxito de la actividad empresarial es necesario que el empleador tenga amplias facultades para cesar al trabajador y la que considera, por el contrario, que el trabajador debe gozar de las máximas garantías para conservar su empleo, pues, admitir la tesis contraria lesionaría su derecho fundamental al trabajo.

En las líneas siguientes presentaremos el tema desde el punto de vista de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, a efectos que el lector pueda sacar sus propias conclusiones sobre cuál de las posiciones resulta la más convincente.

2. DEFINICIÓN

El despido puede definirse como la terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, basado o no en la existencia de una causa justa.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 1839-2000 AREQUIPA, del 21 de enero de 2001, ha definido el despido individual como "la separación del trabajador que ha cometido un acto u omisión relacionada con los deberes esenciales del contrato de trabajo".

MONTOYA (2001, pp. 463-464) atribuye al acto de despido las características siguientes:

a) **Es un acto unilateral:** pues, la extinción del contrato de trabajo se origina en la sola voluntad del empleador, sin tener en cuenta la del trabajador, quien, la mayoría de las veces, tiene una actitud contestataria a la decisión de su principal.

   Debemos dejar claro que el carácter unilateral del despido no desaparece en aquellos casos en que el empleador deba solicitar a la autoridad competente permiso previo para terminar la relación laboral, tal como ocurre en los ceses colectivos, pues, aun en estos casos, la decisión de finiquitar el contrato de trabajo depende del empresario.

b) **Es un acto constitutivo:** por cuanto la decisión del empleador tiene carácter constitutivo, dando por concluida la relación laboral, aun cuando exista un exceso patronal, sea porque la causa invocada no resulta suficiente para justificarlo o simplemente porque no existe.

c) **Es un acto recepticio:** el despido solo tendrá efectividad a partir que el trabajador afectado toma conocimiento del mismo. Una vez que el trabajador ha sido comunicado de su despido, no es posible la revocación del mismo, salvo que el empleador y el trabajador estén de acuerdo.

d) **Es un acto extintivo:** la decisión del empleador extingue a futuro los efectos del contrato de trabajo. Como hemos dicho anteriormente, el despido produce efectos a partir del momento en que el trabajador es comunicado de la decisión resolutoria, por tal motivo, su aceptación no es necesaria.

3. CAUSALIDAD DEL DESPIDO

En Latinoamérica, la mayoría de legislaciones han buscado limitar la facultad patronal de despido, con el objeto de evitar que la misma sea utilizada de una manera arbitraria o represiva, es por ello, que se exige que dicho acto extintivo esté basado en una causa justa, sin la cual carecerá de validez y eficacia.

Coincidiendo con ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (2000, pp. 422-423) podemos decir que, si el despido es ilegítimo o antijurídico, la ley reacciona de la manera siguiente:

a) **Declarando la nulidad del acto recurrido:** es decir, privando al despido de todo efecto jurídico; es el caso de los despidos que atentan contra derechos fundamentales de la persona consagrados en las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos o en la Constitución Política del Perú.

b) **Adicionando al acto consecuencias sancionadoras:** en estos casos, el despido produce el efecto de extinguir el vínculo laboral, pero, el empleador queda obligado a abonar al trabajador una indemnización resarcitoria por haber resuelto unilateralmente el contrato de trabajo, sin perjuicio que, además, pueda ser objeto de algún tipo de sanción, por lo general, de una multa por parte de la autoridad competente.

4. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En el Derecho internacional del trabajo encontramos que el Convenio N.° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), aprobado el 22 de junio de 1982, en la Sexagésima Octava reunión de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 4.° establece que: "No se

pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", del 17 de noviembre de 1988, en su artículo 7.° reconoce el derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, garantizando los Estados suscriptores de dicho Convenio: "d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional".

Debemos resaltar que el Convenio N.° 158 no ha sido ratificado por el Perú, mientras el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue objeto de aprobación mediante Resolución Legislativa N.° 26448, del 28 de abril de 1995, y de ratificación el 17 de mayo del mismo año.

Por su parte, el "Protocolo de San Salvador" en el literal d) de su artículo 7.° reconoce el derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación, señalando que, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

De lo expresado en el párrafo anterior podemos inferir que el instrumento internacional antes citado no establece como única tutela frente al despido la reposición, sino que es perfectamente compatible con la opción indemnizatoria.

5. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución Política de 1993, en su artículo 27° establece: "Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

El Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 1124-2001-AA/TC, Caso Telefónica, en el fundamento 12 ha interpretado los alcances de este artículo en los términos siguientes:

"Debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

a. Se trata de un "mandato al legislador"
b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible".

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, al resolver el Expediente N.° 01647-2013-PA/TC, del 03 de noviembre de 2015, ha considerado que nuestro ordenamiento constitucional no ampara la estabilidad laboral absoluta en el trabajo o reposición laboral, al respecto cabe citar en fundamento siguiente:

> "7. (...) lejos de considerar a la reposición como un remedio indispensable, los instrumentos internacionales comentados reconocen que ésta puede ser válidamente sustituida por el pago de una indemnización sin que ello implique desproteger al trabajador frente al despido arbitrario. De ahí que, en vez de prescribir un régimen de estabilidad absoluta, las disposiciones bajo análisis legitiman y respaldan lo establecido en el artículo 27 de la Constitución".

Por nuestra parte, consideramos que la adecuada protección contra el despido arbitrario puede efectuarse a través de la reposición en el empleo, el pago de una indemnización o alguna otra opción alternativa que establezca la ley.

6. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN EL TUOLPCL

En nuestra legislación vigente, las causas justas de despido están contempladas en el artículo 22.° del TUOLPCL, el que, siguiendo el criterio previsto en el artículo 4.° del Convenio N.° 158 de la OIT, establece las reglas siguientes:

Regla 1. El trabajador debe encontrarse sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Las disposiciones del artículo 22.° del TUOLPCL, se aplican a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, es decir, los que están al servicio de un empleador particular o los que tienen por patrono al Estado, pero que, por mandato de la ley, regulan sus relaciones laborales por el régimen laboral privado.

Regla 2. El trabajador debe laborar por lo menos cuatro horas o más horas diarias al servicio de un mismo empleador.

En el caso que el trabajador no labore diariamente se debe aplicar el artículo 12 del Reglamento, el cual ha legislado que se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida

entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral 18749-2016 LIMA, del 04 de julio de 2018, ha sostenido que «la interpretación correcta de la frase "según corresponda" contenida en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N.° 001-96-TR, está referida a obtener el promedio según los días que comprenda la jornada laboral a la que estuvo sujeto el trabajador. Esto es, si estuvo sometido a una jornada de cinco días, las horas laboradas se promediarán conforme a esa jornada».

Regla 3. Debe existir una causa justa de despido prevista en la ley.

Nuestro ordenamiento legal es causalista, pues, para que el despido sea válido se exige la existencia de una causa justa. Causa justa podemos definirla como el hecho que, de producirse, faculta al empleador a despedir al trabajador, sin que tenga que abonar una indemnización o readmitirlo en el empleo, en caso se discuta su decisión.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del empleador.

En nuestra legislación, la causal de despido se rige por el principio de legalidad, es decir, que la causa de despido solo puede estar prevista en la ley. No es posible establecer causas de despido en el Reglamento Interno de Trabajo.

Sobre la legalidad de la causa del despido, la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación N.° 992-97-HUAURA, del 12 de mayo de 1999, consideró que si el despido se basaba en normas derogadas carecía de fundamento legal.

El Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 976-2001-AA/TC HUANUCO, Caso Llanos Huasco, del 13 de marzo de 2003, ha estimado que: "[...] la extinción unilateral de la relación laboral, fundada en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad – y por consiguiente carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos".

En conclusión, se puede afirmar que nuestra legislación no admite como válido el despido sin causa.

Regla 4. El empleador de probar la causa del despido.

El artículo 37.° del TUOLPCL atribuye al empleador la obligación de probar el motivo por el cual ha despedido al trabajador, no pudiendo presumirse ni deducirse la causal.

Si el empleador no es capaz de probar la causal del despido, la pretensión del trabajador será amparada.

7. CLASES DE DESPIDO

El despido en la doctrina admite diversas clasificaciones; sin embargo, para efectos de nuestro trabajo, consideraremos solamente las que se derivan del TUOLPCL y de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 13 de marzo de 2003, recaída en el Expediente N.° 976-2001-AA/TC, caso Eusebio Llanos Huasco.

En consecuencia, los tipos de despido serán los siguientes:

7.1. Despido incausado

Es aquel que se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna que lo justifique (artículo 34.° del TUOLPCL y STC N.° 976-2001-AA/TC, fundamento 15, literal b).

7.2. Despido injustificado

Es aquel que se produce cuando el empleador no puede demostrar en juicio que el despido del trabajador obedeció a una causa justa relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador (artículo 34.° del TUOLPCL).

7.3. Despido fraudulento

Es aquel en el cual se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos

notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad; o se produce la extinción de relación laboral con vicio de voluntad o mediante la fabricación de pruebas (STC N.° 976-2001-AA/TC, fundamento 15, literal c).

7.4. Despido nulo

Es aquel que tiene como motivo cualquiera de las clases de discriminación prohibidas por la Constitución o la ley; o que vulnere los derechos fundamentales del trabajador.

Se encuentra regulado por el artículo 29.° del Decreto Legislativo N.° 728 y otras leyes especiales (artículo 34.° del TUOLPCL y STC N.° 976-2001-AA/TC, fundamento 15, literal a).

Este tipo de despido será materia de estudio en un capítulo específico más adelante.

7.5. Despido indirecto

Es aquel que se produce cuando el trabajador que manifiesta ser víctima de actos de hostilidad por parte de su empleador, decide dar por terminado el contrato de trabajo y demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario (artículo 30.° del TUOLPCL).

8. EL DESPIDO POR CAUSAS RELACIONADAS CON LA CAPACIDAD DEL TRABAJADOR

El artículo 23.° del TUOLPCL considera como causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador las siguientes:

8.1. "Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros" (texto según la Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 29973)

Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales del trabajador solo podrán ser consideradas como causal del despido cuando sean de tal

magnitud que le impidan el poder seguir prestando sus servicios normalmente. Esta forma de incapacidad no implica una situación de invalidez total del trabajador, sino de imposibilidad material de cumplir con las labores para las que se le contrató y no hubiera manera de reubicarlo laboralmente sin riesgo para su seguridad y salud o la de terceros.

Esta causal de despido ha sido desarrollada ampliamente por la Corte Suprema de Justicia de la Republica al resolver con fecha 12 de diciembre de 2019 la Casación Laboral N.° 23826-2017 LIMA NORTE.

Sobre las causales antes comentadas, la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 21599-2018 SULLANA, del 10 de octubre de 2019, ha sostenido que: "el despido por causa justa invocado por el empleador en mérito al literal a) del artículo 23.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, constituye una causal válida siempre que se siga el procedimiento estipulado en el artículo 33.° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N.° 001-96-TR".

La norma reglamentaria ha establecido que el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas, deberá ser debidamente certificado por EsSalud, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú a solicitud del empleador, considerándose la negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes como aceptación de la causa justa de despido (artículo 33.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

8.2. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (inciso b del artículo 23.º)

Esta causal es diferente de la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores a que se refiere el inciso b) del artículo 25.° del TUOLPCL.

Consideramos que para poder aplicar la causal de rendimiento deficiente es necesario que, previamente, el empleador haya establecido un rendimiento promedio que en condiciones normales pueda ser cumplido por el trabajador.

Para la verificación del rendimiento deficiente, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa (artículo 34.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

8.3. La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. (inciso c del artículo 23.º)

Para la configuración de esta causal de despido es necesario que, en forma previa y expresa, las partes hayan acordado que la realización de exámenes médicos constituye un requisito necesario para el mantenimiento del vínculo laboral o que la ley establezca la obligatoriedad de los mismos.

Al aplicar esta causal debe tenerse en cuenta que la prueba de diagnóstico de VIH no puede ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral (artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 004-97-SA).

9. EL DESPIDO POR CAUSAS RELACIONADAS CON LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR

Esta clase de despido que, sin lugar a dudas es el más controversial, ha sido regulado por el artículo 24.° del TUOLPCL en los términos siguientes:

> "Artículo 24°.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:
> a) La comisión de falta grave;
> b) La condena penal por delito doloso;
> c) La inhabilitación del trabajador".

A continuación, haremos un breve comentario de las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador contempladas en el TUOLPCL.

9.1. La comisión de falta grave

La falta grave es una causa justa de despido contemplada en el literal a) del artículo 24.°.

En la legislación peruana, la calificación de una conducta como falta grave está reservada a la ley. Se busca a través de esta reserva legal garantizar la seguridad jurídica y que el trabajador solo pueda ser despedido por causas previstas en la ley, no siendo posible invocar como causa de despido disciplinario cualquier otro hecho que no esté previamente tipificado como tal, aun cuando pueda ser socialmente reprochable. En consecuencia, los magistrados de trabajo no pueden tomar en cuenta como válidas causales de despido no contempladas en la ley, aunque, hayan sido establecidas en el contrato como justificadas.

Según BLANCAS BUSTAMANTE (2002), de acuerdo a la norma citada, la falta grave presenta los rasgos siguientes: "a) la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que le impone el contrato de trabajo, b) la gravedad de dicha infracción y c) la culpabilidad del trabajador" (p. 154).

La naturaleza jurídica del despido por falta grave puede ser analizada en la doctrina a la luz de dos corrientes: la contractualista y la sancionadora.

Para la **corriente contractualista,** por ser el contrato de trabajo un acuerdo de prestaciones recíprocas, el despido constituye un acto de resolución que se sustenta en el incumplimiento por una de las partes de las prestaciones a que está obligada respecto de la otra. Se convierte así, en un acto resolutorio que realiza quien se siente afectado por el incumplimiento del contrato de trabajo.

SOTO (1992), comentando la rescisión laboral contemplada en la Ley Federal del Trabajo de México, nos dice lo siguiente: "Es criterio unánime de los tratadistas que la rescisión laboral opera como una disolución de las relaciones de trabajo, por causa del incumplimiento grave de las obligaciones de una de las partes, o sea que podemos hablar de la rescisión operada por el trabajador o de la rescisión aplicada por la empresa" (p. 126).

La posición contractualista ha sido recogida en algunas legislaciones como la Argentina, donde el primer párrafo del artículo 242.° de la Ley de Contrato de Trabajo establece que: "Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación".

Por su parte, la **corriente sancionadora** considera que el despido es consecuencia de la facultad disciplinaria que la ley otorga al empleador, la cual, le permite, incluso, sancionar con la terminación de la relación laboral al trabajador que incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones.

MONTOYA (1987) explica esta posición doctrinaria diciendo que: "[...] el ordenamiento coloca en manos del empresario un poder punitivo, infrecuente en el dominio del Derecho Privado, de cuyo ejercicio se deriva la imposición de sanciones - privadas evidentemente- de diversa gravedad según la propia entidad del incumplimiento o falta cometidos" (p. 85).

El despido sería, pues, una sanción cuyo efecto es extinguir el vínculo laboral.

Somos de la opinión que nuestra legislación se adhiere a la corriente sancionadora, pues, el artículo 9° del TUOLPCL autoriza al empleador a "sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador". Es evidente que esta facultad punitiva que la ley otorga al patrono le permite, incluso, llegar al despido cuando la gravedad de la falta cometida así lo amerite.

9.2. La condena penal por delito doloso

La condena del trabajador por un delito doloso es causa justa de despido contemplada en el literal b) del artículo 24.° del TUOLPCL, concordante con el artículo 27.° de la misma norma legal, el cual textualmente establece lo siguiente:

> "Artículo 27°.- El despido por la comisión de delito a que se refiere el inciso b) del artículo 24° se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador".

Según la doctrina, las infracciones penales pueden ser de dos clases: dolosas o culposas.

El delito doloso es aquel en el cual el sujeto que lo comete actúa o deja de actuar en forma consciente y voluntaria, buscando dañar el bien jurídico protegido por la ley. Es decir, quien comete el delito actúa intencionalmente.

El delito culposo es aquel en que el sujeto que lo comete actúa o deja de actuar por negligencia, imprudencia o impericia, no persiguiendo causar el daño a un bien jurídico protegido por la ley, pero, finalmente lo ocasiona.

El inciso a) del artículo 24.° del TUOLPCL solo permite el despido cuando el trabajador es condenado por la comisión de un delito doloso; en consecuencia, no es procedente el despido del trabajador condenado por delito culposo.

Sobre la aplicación de esta causa justa de despido cabe formularse algunas interrogantes: ¿es necesario que el delito por el que se ha condenado al trabajador haya sido cometido en agravio de su empleador?, ¿la condena al trabajador debe implicar una pena privativa de la libertad efectiva?

Respondiendo la primera pregunta podemos decir que no existe fundamento para pensar que el delito materia de condena deba haber afectado al empleador.

Coincidimos con GÓMEZ (2007) cuando opina que:

> "[...] el delito, entonces, no puede tener necesariamente relación con el trabajo mismo. Es suficiente que la comisión delictiva sea ajena a dicha relación laboral para que la sanción impuesta haga imposible la permanencia del trabajador en su centro laboral" (p. 331).

Respondiendo la segunda pregunta tenemos que el TUOLPCL no hace referencia alguna al tipo de pena que se haya impuesto al trabajador, por lo que, puede ser cualquiera de las previstas en el Código Penal, no exigiendo siquiera que sea una privativa de la libertad y mucho menos su efectividad.

Al respecto, BLANCAS (2006) es de la opinión que:

> "[...] conforme al texto vigente, la causa de despido se configura por la condena del trabajador por la comisión de delito doloso, aunque no se produzca la privación efectiva de su libertad en el supuesto de suspensión de la ejecución de la pena" (p. 216).

Consideramos que no resulta arreglado a derecho interpretar que, si el trabajador es condenado a una pena suspendida o de otro tipo, como sería el caso de una pena restrictiva de derechos o de multa, no se configura la causa justa de despido, alegando que esta situación en nada afectaría la ejecución del contrato

de trabajo; por el contrario, somos de la opinión que el trabajador puede ser despedido cuando haya sido condenado por la comisión de un delito doloso, aun cuando el mismo no sea en agravio de su empleador y la pena impuesta no haya sido una privativa de la libertad efectiva.

Lo que sanciona esta causal es la condena misma por delito doloso, sin importar la naturaleza de la pena, pues, lo que persigue la norma es evitar que una persona calificada como delincuente por la justicia continúe laborando en la empresa.

Además de la condena por delito doloso, esta causal de despido exige que al momento de celebración del contrato de trabajo el empleador no haya conocido que el trabajador se encontraba procesado por la comisión de un hecho punible doloso, pues, lo contrario significaría que consintió en tal situación y, por lo tanto, no le resultaría novedoso que el trabajador fuese un delincuente.

Respecto a la situación antes descrita, GÓMEZ (2007) opina que: "[...] en tal caso, existiría el perdón u olvido de la sanción y si acaso, a posteriori, el empleador quisiera hacer valer su derecho sancionador invocando esta causal, habría operado en su contra el principio de inmediatez que, en buena forma, invalidaría el despido consumado" (pp. 331-332)

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral 8564-2017 LIMA, del 12 de julio de 2018, consideró que: "es una causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador la condena penal por un delito doloso". En este caso se consideró que era justificado el despido de un trabajador que fue condenado por delito contra el honor en la modalidad de calumnia en agravio de un tercero.

9.3. La inhabilitación por el ejercicio de la actividad

La inhabilitación del trabajador es causa justa de despido contemplada en el literal c) del artículo 24 del TUOLPCL concordante con el artículo 28 de la misma norma legal el cual textualmente establece lo siguiente:

> "Artículo 28°.- La inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el

ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de tres meses o más".

La inhabilitación es el impedimento para ejercer determinada profesión, arte u oficio por parte del trabajador en virtud de una disposición emanada de la autoridad judicial o administrativa.

De acuerdo con el artículo 28.° del TUOLPCL, para que la inhabilitación opere como causal de despido es necesario que la misma tenga una duración de tres (3) meses o más, pues, de no ser así, solo nos encontraríamos frente a una causal de suspensión del contrato de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 19709-2015 LIMA, del 25 de mayo de 2017, ha sostenido que: "La inhabilitación prevista en el inciso c) del 24 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, tiene que guardar relación con la conducta del trabajador. En el caso concreto, no se presenta dicha situación, debido a que en la Carta de preaviso y en la de despido invoca la inhabilitación de la actora para ejercer el cargo de tripulante de cabina como consecuencia del examen médico practicado que concluye en una calificación de "no apto definitivo".

Algunos casos puntuales de inhabilitación para ejercer alguna actividad son los siguientes.

i) El artículo 309.° del Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N.° 016-2009-MTC, ha previsto como una sanción aplicable a los conductores de vehículos la cancelación definitiva de la licencia de conducir e inhabilitación del conductor.
ii) El artículo 36.° del Código Penal que regula la pena de inhabilitación.

10. ANÁLISIS DE LAS FALTAS GRAVES TIPIFICADAS EN EL TUOLPCL

El primer párrafo del artículo 25.° del TUOLPCL define la falta grave como "[...] la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación".

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 18592-2016 LIMA, del 05 de abril del 2018, ha definido la falta grave en los términos siguientes: "La falta grave es aquella infracción cometida por el trabajador contra los deberes esenciales del contrato de trabajo, de tal intensidad, que haga irrazonable la continuidad de la relación laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador".

Las faltas graves causal de despido que reconoce nuestro ordenamiento laboral se encuentran tipificadas en el artículo 25.° del TUOLPCL y pueden clasificarse de la manera siguiente: causas relativas a la prestación laboral, causas relativas al deber de disciplina y causas relativas al deber de buena fe.

En las líneas siguientes comentaremos brevemente cada una de las causales enumeradas.

10.1. Causas relativas a la prestación laboral

Como sabemos, la principal obligación del trabajador es prestar sus servicios al empleador, es por ello que se considera como falta grave los incumplimientos que atenten directamente contra esta prestación.

El TUOLPCL considera las faltas graves siguientes:

Inciso b) del artículo 25.°

"b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa"

Esta falta se presenta cuando el trabajador, en forma intencional y prolongada, tiene un rendimiento deficiente, violando así su deber de trabajar diligentemente.

La aplicación de esta causal presupone la existencia de una cantidad mínima de producción que debe cumplir el servidor, así como, determinadas características esenciales de calidad que no pueden ser obviadas por el mismo.

No resulta de aplicación esta causal para despedir al trabajador cuyo rendimiento disminuye o es defectuoso por causas que no son imputables a su voluntad. Según MONTOYA (2001, p. 468) estas circunstancias se pueden dividir en tres grupos: las imputables al empresario (por ejemplo, deficiencias en la utilización de maquinaria), las derivadas de circunstancias ajenas al empresario y trabajador (reducción del volumen de ventas por circunstancias del mercado) y las atribuibles al trabajador, pero, independientes de su voluntad (por ejemplo, la enfermedad del trabajador).

El nivel de rendimiento laboral a que se refiere la ley es el normal, que, en algunos casos, se encuentra fijado por los convenios colectivos, el contrato de trabajo o la costumbre.

El patrono no puede exigir a sus trabajadores un rendimiento maximizado en cantidad y calidad, pues, ello implicaría un tratamiento abusivo; sin embargo, si está facultado para exigirles el cumplimiento de estándares, por debajo de los cuales no debe trabajarse.

Para la aplicación de esta causal de despido la ley ha establecido como requisito de procedibilidad el que la misma sea verificada por la Autoridad Administrativa de Trabajo a través de sus servicios inspectivos, los cuales pueden solicitar apoyo al sector al que pertenece la empresa.

Inciso h) del artículo 25.°

"h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones"

La norma materia de comentario contempla dos supuestos: las inasistencias injustificadas y la impuntualidad reiterada.

Las inasistencias injustificadas

Como se ha dicho anteriormente, la principal obligación del trabajador es prestar sus servicios, siendo evidente que la misma se incumple si no concurre a laborar, pues, no estaría brindando sus servicios en el tiempo convenido.

Para que este acto sea considerado como causal de despido es preciso que el abandono de trabajo sea por más de tres (03) días, lo que significa que incurre en esta causal no solo el trabajador que se ausenta por cuatro (04) días, sino también el que lo hace por tres días y medio, ya que este número es superior al exigido por la ley para que se configure la falta.

Igualmente, se sanciona las inasistencias injustificadas por más de cinco días en un periodo de treinta (30) días calendario o más de quince (15) días en un periodo de ciento ochenta (180) días calendario, debiendo resaltarse que la ley no se refiere a un periodo de un mes o de seis meses. Los cinco o quince días deben computarse a partir de la primera falta injustificada, ya que con la misma se inicia la configuración de la causal.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 1683-97 LIMA, del 27 de mayo de 1999, señaló que habiendo sido declarada ilegal la huelga por la Autoridad Administrativa de Trabajo, se configura la falta de abandono de trabajo si el trabajador inasiste al centro de labores.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 228-2016 LIMA, del 25 de abril de 2018, ha establecido la diferencia entre abandono de trabajo e inasistencias injustificadas; el primer supuesto se presenta cuando el trabajador deja de asistir a su centro de trabajo, mientras que el segundo se configura cuando el trabajador no justifica sus inasistencias a trabajar.

La impuntualidad reiterada

El autor español ALONSO GARCÍA (1981) considera que "[...] asistir impuntualmente representa faltar al deber de diligencia, ya que el servicio no es suficiente ser realizado, sino que requiere además, que la prestación se haga diligentemente, ya que la diligencia en el trabajo es un deber primordial del trabajador" (p. 563).

El considerar la impuntualidad reiterada como causal de despido busca que el trabajador cumpla con concurrir a su centro de trabajo en el horario establecido,

pues, toda infracción del mismo afecta el normal desenvolvimiento de las labores en la empresa.

El TUOLPCL considera como requisitos para aplicar esta sanción que el empleador haya hecho de conocimiento del trabajador su conducta impuntual y que, además, le aplique previamente las sanciones disciplinarias de amonestación escrita y suspensión.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 13768-2016 LAMBAYEQUE, del 10 de octubre de 2017, ha señalado que: "Se configura el supuesto establecido en el literal h) del artículo 25.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, cuando se acredita la existencia de impuntualidades reiteradas y la existencia de sanciones previas al despido".

10.2. Causas relativas al deber de disciplina

En toda organización la disciplina es fundamental para el normal funcionamiento del mismo y el logro de los objetivos institucionales, en el caso de un centro de trabajo, la disciplina es impuesta por el empleador o sus representantes a través de órdenes generales o particulares que permitan ejecutar el contrato de trabajo de acuerdo a su contenido. Es por ello, que los actos que perturben gravemente la disciplina al interior de la empresa son considerados como causal de despido. El TUOLPCL contempla los supuestos siguientes:

inciso a) del artículo 25.°

"a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa

de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta"

Esta falta comprende los supuestos siguientes:

El incumplimiento de las obligaciones de trabajo

El trabajador tiene el deber de cumplir diligentemente las obligaciones para las cuales ha sido contratado, no puede infringir el sinalagma del contrato, hacerlo quebranta la buena fe que debe existir en la ejecución de los contratos, haciéndose acreedor a la sanción del despido.

Se busca a través de esta disposición castigar las conductas del trabajador que atentan contra los deberes nacidos del contrato de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 381-98 LIMA, del 8 de setiembre de 1999, sostuvo que la falta grave de incumplimiento de obligaciones de trabajo pude producirse por inasistencias injustificadas de especial gravedad, más aún si se presentan en el contexto de una discusión del trabajador frente a una orden, dado que el trabajador no se encuentra facultado a cuestionar mediante acción propia las decisiones del empleador, sino que debe hacerlo por vía de reclamo interno o judicial.

El Tribunal Supremo al resolver la Casación N.° 852-2001- LIMA, del 03 de setiembre de 2001, también consideró que constituye quebrantamiento de la buena fe laboral el hecho que el actor, aprovechándose de su condición de funcionario (ingeniero residente de obra), contrató con una empresa vinculada a su entorno familiar, incumpliendo con la Carta de Ética de su empleadora, configurándose, con ello, la falta grave prevista en el inciso a) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR.

Debemos tener en cuenta también que la referida Corte Suprema al resolver la Casación Laboral N.° 20428-2016-LIMA, del 24 de marzo de 2017, ha sostenido que: "cuando se alude a la falta grave prevista en el literal a) del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley

de Productividad y Competitividad Laboral, referida al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, se debe entender que el contenido estricto de esta falta grave reside den el incumplimiento del trabajador de las labores que tiene asignadas en la empresa, es decir "las obligaciones de trabajo" cuyo incumplimiento se tipifica como falta grave".

Asimismo, en la Casación Laboral N.° 11068-2018-LIMA, del 11 de julio de 2019, ha sostenido que: "La tipificación de la falta grave contenida en el inciso a) del artículo 25 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, implica que no basta que se produzca un incumplimiento, sino que esa omisión rompa la confianza depositada, anulando las expectativas puestas en el trabajo encargado y haga que la relación laboral se torne insostenible; [...]".

Una forma específica de quebrantar el deber de buena fe por parte del trabajador es el presentar documentos adulterados en un proceso laboral con la finalidad de obtener un resultado favorable en contra del empleador, en estos casos, siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la República plasmado en la Casación Laboral N.° 19669-2017 LA LIBERTAD del 12 de noviembre de 2019, se justifica el despido del trabajador.

La reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores acordadas

El trabajador tiene el deber de acatar las órdenes de su principal relacionadas con las labores para las que ha sido contratado, por tal motivo, la desobediencia es sancionada con el despido. Aquí, es preciso destacar que la desobediencia debe ser respecto de obligaciones derivadas del contrato de trabajo; es decir, de naturaleza laboral, si el empleador diera órdenes de otra naturaleza distinta o que fueran marcadamente ilegales, el trabajador podrá incumplirlas sin responsabilidad alguna; tal sería el caso del empleador que ordene a su trabajador el transportar drogas o comercializar mercaderías de contrabando o robadas, en este caso, ante la evidencia de la ilegalidad de la orden, el trabajador puede negarse, sin incurrir en responsabilidad laboral alguna, pues, nadie está obligado a hacer lo que la ley prohíbe y por ejercer este derecho no puede ser sancionado.

Sobre esta causal de despido, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 263-97 LIMA, del 17 de febrero de 1998, sostuvo que el desacato del trabajador a las órdenes de sus superiores para constituir causa justificada de despido, debe ser reiterado y revestir gravedad para el empleador.

Distinto es el caso de las órdenes que el trabajador considera injustas o que son lesivas para sus derechos, aquí, considero que el trabajador, primero, debe cumplir la orden y, después, reclamar ante las instancias competentes el cese de los actos colectivos.

Asimismo, queda claro que las órdenes del empleador, marcadamente delictuosas, no deben ser cumplidas por el trabajador.

La inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial

El Reglamento Interno de Trabajo es la norma expedida por el empleador para regular las relaciones laborales al interior de la empresa. Este reglamento está sujeto, tanto en su contenido como en su aprobación, a las normas contenidas en el Decreto Supremo N.° 039-91-TR y puede ser objeto de impugnación judicial.

El Reglamento Interno de Trabajo debe ser registrado ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, siendo su aprobación automática.

En relación al Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, de conformidad con el artículo 34.° de la LSST, las empresas con veinte o más de trabajadores están obligadas a elaborar un reglamento de seguridad y salud en el trabajo.

De conformidad con el artículo 74.° del Reglamento de la LSST, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo debe contener la estructura mínima siguiente:

a) Objetivos y alcances.
b) Liderazgo, compromisos y política de seguridad y salud.
c) Atribuciones y obligaciones del empleador, de los supervisores, del comité de seguridad y salud, de los trabajadores y de los empleadores que les brinden servicios si las hubiera.

d) Estándares de seguridad y salud en las operaciones.
e) Estándares de seguridad y salud en los servicios y actividades conexas.
f) Preparación y respuesta a emergencia.

El Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus posteriores modificatorias, deben ser puestos en conocimiento de todos los trabajadores mediante medio físico o digital, bajo cargo. Esta obligación se extiende a los trabajadores en régimen de intermediación y tercerización, a las personas en modalidad formativa y a todo aquel cuyos servicios subordinados o autónomos se presten de manera permanente o esporádica en las instalaciones del empleador (artículo 75.° del Reglamento de la LSST).

Además del cumplimiento Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, los trabajadores están obligados a cumplir con lo dispuesto en el artículo 79.° de la LSST, así como, el artículo 107.° del Reglamento de la LSST, caso contrario, se hará pasible de sanciones conforme al artículo 109.° de la norma reglamentaria antes indicada, las que pueden llegar al despido según su gravedad.

De conformidad con el literal a) del artículo 42.° del Reglamento de la LSST, corresponde al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo aprobar el Reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo y no a la Autoridad Administrativa de Trabajo, como preveía el texto del literal a) del artículo 25.° del TUOLPCL; por lo tanto, la expresión "[...] Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad", debe entenderse referido al Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo o a los reglamentos sectoriales sobre seguridad en el trabajo.

Los reglamentos sectoriales más importantes son los siguientes:

a) Reglamento de Seguridad Industrial aprobado por Decreto Supremo N.° 42-F del 22 de mayo de 1964.
b) Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por el Decreto Supremo N.° 024-2016-EM, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de julio de 2016.
c) Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo para el Sector Construcción, aprobado por Decreto Supremo N.° 011-2019-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de julio de 2019.

inciso f) del artículo 25.°

"f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente"

Todas las leyes sobre estabilidad laboral han considerado como una falta grave y causal de despido los actos de violencia, la grave indisciplina, las injurias y el faltamiento de palabra verbal o escrito en agravio del empleador, personal jerárquico o demás trabajadores.

Esta causal es materia de comentario en las líneas siguientes:

Actos de violencia

Son las vías de hecho, es decir, las agresiones físicas del trabajador hacia su empleador, compañeros de trabajo o superiores jerárquicos.

De acuerdo a la norma en comentario debemos diferenciar entre los actos de violencia leves o medios y los actos de extrema violencia a que se refiere la última parte de la norma, tales como son la toma de fábrica o de rehenes, actos estos últimos susceptibles de ser denunciados penalmente ante el Ministerio Público para que, a su vez, en su calidad de titular de la acción penal, formule la denuncia respectiva ante la Autoridad Judicial que, en este caso, sería el juez especializado en lo penal.

La falta grave consistente en toma de rehenes o locales se configura independientemente que el Ministerio Público no formule denuncia contra los trabajadores que incurrieron en tales actos de violencia, pues, de acuerdo con el artículo 26.° del TUOLPCL, las faltas graves laborales se configuran con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales conductas violentas puedan revestir.

Sobre los actos de violencia durante el ejercicio del derecho de huelga, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.°

5333-2016 LORETO, del 30 de setiembre de 2016, ha sostenido que: "El ejercicio del derecho de huelga, no justifica la presencia de actos de violencia contra las personas y las cosas; en consecuencia, cuando los trabajadores incurran en dichos actos, podrán ser sancionados por su empleador, inclusive con el despido".

En la misma línea, el Tribunal Supremo al resolver la Casación Laboral N.° 2911-2016 LORETO, del 03 de octubre de 2016, consideró que: "El ejercicio del derecho de huelga no justifica la presencia de actos de violencia, cuando los trabajadores incurran en dichos actos, podrán ser sancionados por su empleador".

La grave indisciplina

Está referida a la actitud del servidor de no respetar el orden interno establecido en su centro de labores.

Las injurias

Etimológicamente, la palabra injuria significa todo acto contrario a la razón y la justicia. La injuria en el Derecho del trabajo tiene un significado más amplio que en el Derecho penal, pues, puede comprender conceptos que no siempre tienen relevancia como delitos.

Las injurias laborales están constituidas por los insultos y ofensas realizadas por medio de palabras gestos e, incluso, de agresiones físicas, siempre que, en este último caso, no puedan calificarse como vías de hecho.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 4400-2017 LIMA, del 14 de mayo de 2019, ha establecido que: "Para efectos de establecer la configuración de la falta grave por actos de injuria tipificada en el inciso f) del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, se requiere analizar si las expresiones realizadas por el trabajador afectan el derecho al honor del empleador o representante legal, entre otros, previstos en la norma".

Un caso especial de injurias en agravio del empleador, son las denuncias penales maliciosas que interponen algunos trabajadores contra los representantes del empleador, como un modo de presión con la finalidad de amedrentar o lograr ciertos objetivos; cuando estas denuncias son desestimadas de manera definitiva por el Ministerio Público ,la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha

considerado que quien las formulo incurre en falta grave causal de despido, tal como veremos en las ejecutorias que a continuación se reseña..

La Corte Suprema de Justicia de la República ha considerado que esta conducta constituye falta grave que infringe los inciso a) y f) del artículo 25.° del TUOLPCL, así tenemos, que la Casación Laboral N.° 475-99 LIMA, del 20 de junio de 2000, resolvió que incurre en causal de falta grave laboral el trabajador que formula denuncia penal contra los miembros del consejo directivo de su exempleadora por fraude en la administración de personas jurídicas, la misma que fue desestimada por las diversas instancias del Ministerio Público.

De igual manera, al resolver la Casación Laboral N.° 18214-2017 LIMA, del 05 de noviembre de 2018, consideró que se configuraba la falta grave de injuria contra al empleador, prevista en el inciso f) del artículo 25.° del TUOLPCL, cuando las expresiones realizadas por el trabajador afectan al derecho al honor del empleador o su representante legal, tal como había ocurrido con la denuncia penal por apropiación ilícita formulada por la trabajadora demandante contra el representante legal de su empleadora, denuncia que fue desestimada por el Ministerio Público.

Más recientemente, el Supremo Tribunal de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 5770-2018 LAMBAYEQUE, del 17 de setiembre de 2019, consideró que incurría en injuria en agravio del director y el jefe de Personal de un Centro Educativo, el trabajador que calumniosamente los denunció ante el Ministerio Público por desobediencia y resistencia a la autoridad.

De las ejecutorias antes citadas, podemos concluir que, se configura la falta grave prevista en el inciso f) del artículo 25.° del TUOLPCL, cuando el trabajador denuncia penalmente a su empleador o sus representantes, por un delito respecto del cual el Ministerio Público desestima en forma definitiva amparar tal denuncia.

Faltamiento de palabra verbal o escrita

Consiste en el insulto, difamación o calumnia por parte del trabajador realizado a viva voz o por medio de un impreso.

CABANELLAS (1964) justifica el despido por esta causal, pues, considera que ella "[...] provoca un relajamiento de la más elemental disciplina que debe haber en la empresa, con independencia de los antecedentes del trabajador; ya que

el hecho considerado aislado, en sí, es el que constituye la justa causa de despido" (pp. 370-371).

Para la sanción de las faltas antes comentadas resulta indiferente que las mismas se hayan cometido dentro del centro de trabajo o fuera de él, siempre que estén relacionadas directamente con la relación laboral.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 19856-2016 LIMA ESTE, del 19 de setiembre de 2017, ha reconocido que el faltamiento verbal o escrito puede ser realizado por el trabajador desde su cuenta personal de Facebook.

Inciso e) del artículo 25.°

"e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo"

La ingesta de alcohol, drogas o sustancias estupefacientes repercute en la normal ejecución del contrato de trabajo, alterando las condiciones físicas o mentales del trabajador. FRESCURA Y CANDIA (1975) sostiene que "[...] tales causas privan al trabajador del completo dominio de su inteligencia y sentidos y le inhiben no solo para la prestación regular de sus servicios, sino que también puede originar perturbaciones en la disciplina y orden de los establecimientos de trabajo, todo lo cual sirve de fundamento al despido" (p. 293).

La norma actualmente vigente contempla dos supuestos de hecho que pueden configurar la causal de despido materia de comentario: La concurrencia habitual en estado de ebriedad o drogadicción al centro de trabajo; y la asistencia no habitual en los estados antes mencionados, si por razón de la naturaleza de las funciones o el trabajo realizado este hecho reviste excepcional gravedad.

La primera causal de despido se justifica, pues, el trabajador al asistir reiteradamente ebrio o drogado a laborar, no solo demuestra un desprecio hacia

las reglas de conducta existentes en su centro de trabajo, sino también es evidente que, al encontrarse con los sentidos alterados por el alcohol o las drogas, no tendrá un rendimiento similar a otro trabajador que no se encuentre en tal estado.

La segunda causal encuentra justificación en el riesgo que genera el trabajador que asiste a laborar en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas si, por razón de las funciones que desempeña, con dicha conducta pone en peligro no solo su propia seguridad sino también la de sus compañeros y la del centro de trabajo. Un ejemplo de este caso sería el del chofer que pretende manejar en estado etílico el vehículo que le ha sido asignado.

Para que la embriaguez o el consumo de drogas estupefacientes constituyan falta grave causal de despido es necesario que exista reiteración en dicho comportamiento, salvo los casos en que, por la naturaleza de las funciones encargadas al trabajador, el concurrir a sus labores en estado etílico o de drogadicción, crea un eminente riesgo no solo para el centro de trabajo, sino también para terceros.

Tratándose de la comisión de la falta a que se refiere este inciso, la ley dispone que la autoridad policial debe prestar su concurso para la verificación de tales hechos, entendemos que la participación policial se limita a apoyar, pues, la comprobación de la falta solo es posible a través del dosaje etílico realizado en un laboratorio. Si el trabajador se niega a someterse a la prueba antes indicada se le considerará como que ha reconocido la comisión de la falta, debiendo constar este hecho en el documento que expida la autoridad policial.

El Tribunal Constitucional en una discutida Sentencia del 10 de octubre del 2008, recaída en el Expediente N.° 03169-2006-PA/TC, en el proceso seguido por el trabajador Pablo Cayo Mendoza con la Municipalidad de Chorrillos, ha resuelto que para la aplicación de esta causal se debe tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, criterio que no tendría mayor novedad, sino fuera porque en dicha sentencia el citado Tribunal se equivoca al confundir la causal prevista en el inciso e) con las previstas en los incisos f) y g) del artículo 25.° del TUOLPCL, que constituyen por sí solas faltas graves independientes; sosteniendo erradamente que en lugar de la medida disciplinaria de despido impuesta al trabajador, se le pudo aplicar otra más benigna, pues, por parte del trabajador ebrio no existió actos de violencia, injuria o faltamiento de palabra

verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni se ocasionó daño alguno al patrimonio del empleador.

Se desprende de este débil argumento que, para el Tribunal Constitucional, la falta materia de nuestro comentario solo se configuraría cuando el trabajador, además de concurrir en estado de ebriedad a su centro de labores, cometa graves actos de indisciplina o ponga en peligro o destruya bienes del mismo, supuestos que, como hemos dicho, no necesariamente tienen que estar asociados al estado de embriaguez para justificar el despido de un trabajador.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 1068-97 LIMA, sostuvo que la concurrencia a laborar en estado etílico, sin que sea necesaria su reiterancia, constituye una causal de despido cuando el trabajador desarrolla una labor especializada que pone en riesgo el desarrollo normal de sus actividades y las de otros trabajadores.

El Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 02121-2011-PA/TC, del 06 de julio de 2011, consideró que se configuraba la falta grave prevista en el inciso e) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, sin ser necesaria la reiterancia cuando por la naturaleza del trabajo, el servidor pone en peligro su salud física o la de terceros, como es el caso de un agente motorizado de seguridad ciudadana.

Por su parte, el Tribunal Supremo al resolver la Casación Laboral N.° 3727-2018 MOQUEGUA, del 22 de julio de 2020, consideró que el juez al determinar si se ha producido el despido fraudulento de un trabajador que concurrió en estado de ebriedad al centro de labores, debe considerar "[...] que la falta grave prevista en el literal e) del artículo 25.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR, no solo implica evaluar la concurrencia del trabajador en estado de embriaguez al centro de labores, sino también, su negativa a someterse a la prueba del dosaje etílico y la especial naturaleza de las funciones que desempeña".

10.3. Causas relativas al deber de buena fe

El trabajador está obligado a ejecutar el contrato de trabajo conforme a las reglas de la buena fe, no debiendo lesionar los intereses de su empleador ni actuar deslealmente defraudando la confianza depositada.

El TUOLPCL regula las causales siguientes:

inciso c) del artículo 25.°

"c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor"

Apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios

Según el Diccionario de Lengua Española (2001) apropiar significa "tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad" (pp. 188-189).

El trabajador al apropiarse o intentar hacerlo de los bienes o servicios de su empleador o de terceros que se encuentran bajo su custodia, lesiona el deber de probidad que tiene hacia su empleador. Con su conducta demuestra un desprecio total hacia el derecho de propiedad, razón por la cual la ley considera que no es posible la continuación del vínculo laboral sin importarle el valor económico de los bienes que han dado origen a la falta.

Sobre esta causal, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 12198-2019 LA LIBERTAD, con fecha 11 de enero de 2020, ha sostenido lo siguiente: "Para que se configure la falta grave sobre apropiación consumada de bienes o servicios del empleador o que se encuentren bajo su custodia, tipificada en el inciso c) del artículo 25.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, se requiere acreditar que dicha actuación ha sido sin autorización del empleador. Cabe indicar que la falta grave debe estar respaldada con pruebas suficientes, pues, se requiere su comprobación objetiva, conforme al artículo 28 de la citada ley".

Retención o utilización indebida de bienes y servicios

En este supuesto el trabajador ya no pretende hacerse dueño de los bienes o servicios del empleador o que se encuentren bajo su custodia, sino que los retiene o hace un uso no autorizado de ellos en beneficio propio o de un tercero.

Al igual que en el supuesto anterior, el valor de los bienes o servicios utilizados resulta irrelevante, pues, la responsabilidad es objetiva, sancionándose la actitud deshonesta del trabajador.

Inciso d) del artículo 25.°

"d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal"

La infidencia

Esta norma sanciona la infidencia del trabajador que, abusando de su acceso a información reservada perteneciente a su empleador, le da un uso indebido en beneficio propio o la entrega a terceros.

Esta falta se configura con el solo acto de usar o entregar información reservada del empleador, siendo indiferente el que con esta conducta se le cause o no perjuicio alguno o que la información carezca de utilidad práctica o que, incluso, contenga errores. Lo que se sanciona es la violación del deber de fidelidad que integra el contenido ético del contrato de trabajo.

Dentro de esta causal se ubican no solo los casos de espionaje industrial en los que se revela fórmulas o métodos de fabricación, sino también, el revelar otras informaciones relativas a la marcha del negocio, tales como, la situación financiera, estudios de mercado, proyectos de inversión y estudios de factibilidad, etc.

En la aplicación de esta causal debemos rechazar la errada doctrina que considera que esta falta solo puede ser cometida por los trabajadores de dirección o de confianza, en razón que debido a sus funciones solo ellos tienen acceso a información reservada; opinamos que la falta materia de comentario puede ser cometida por cualquier trabajador sin importar su jerarquía si es que accede a información reservada por cualquier medio, ya que el deber de fidelidad es inherente al contrato de trabajo.

La sustracción o utilización indebida de documentos

La sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa es una falta que puede confundirse con la apropiación de bienes del empleador, sobre todo si se trata de documentos que pueden ser transferidos fácilmente como serían los títulos valores.

Considero que los documentos a que se refiere este artículo son aquellos relacionados con el funcionamiento u operaciones de la empresa, tales como, estados financieros, libros de actas, reglamentos, directivas, credenciales y otros similares.

Así, por ejemplo, comete falta grave el trabajador que sustrae una credencial de su centro de trabajo para presentarse ante terceros como representante de su empleador sin tener esta calidad, buscando con ello obtener una ventaja; similar sería la situación de quien sustrae papel membretado para elaborar una constancia de trabajo para un tercero que no ha laborado para el empleador.

La falsa información

Esta falta se configura cuando el trabajador en forma escrita o verbal brinda información no acorde con la verdad a su empleador con el objeto de causarle perjuicio u obtener una ventaja. Aquí el trabajador, actuando dolosamente, engaña a su principal, violando así la buena fe con la que deben celebrarse y ejecutarse los contratos.

La falta en comentario es de carácter objetivo, se consuma con la sola entrega de la información falsa, aun cuando con ella no se llegue a causar perjuicio alguno al empleador o no se obtenga ventaja de ninguna clase.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 11068-2018 LIMA, del 11 de julio de 2019, ha indicado que la falta contenida en el inciso d) del artículo 26.° del TUOLPCL implica una serie de acciones que configuran la falta, entre ellas: "la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja", en el cual el elemento material u objetivo será el dato falso que el trabajador suministra al empleador y el elemento subjetivo el propósito del trabajador de obtener una ventaja para si, creemos, además, que si la ventaja fuera a favor de un tercero igual se configuraría la falta.

Por el contrario, si la información falsa fuera proporcionada por error, consideramos que no se cometería la falta grave, pues, esta debe tener carácter doloso.

La competencia desleal

Esta falta consiste en efectuar actividades idénticas a las que realiza para el empleador, sea por cuenta propia o por cuenta de terceros. La norma actual no lo señala expresamente, pero, constituye un requisito implícito que para la configuración de la falta grave la actividad del trabajador debe buscar atraer para sí o para terceros la clientela de su empleador, pues, de lo contrario, no resultaría razonable ni proporcional el sancionar con el despido a un trabajador que realiza la misma actividad que su empleador sin causarle perjuicio alguno.

QUISPE y MESINAS (2009) siguiendo el criterio imperante en la doctrina, consideran, además, que otro requisito necesario para que se configure la falta grave es que:

> "[...] la actividad competitiva del trabajador se lleve a cabo sin conocimiento ni autorización del empleador. A falta de esta última, se presumirá que la actividad del trabajador es desconocida por el empleador, presunción iuris tantum que puede destruirse si por algún otro medio se demuestra que el empleador conocía o, inclusive, aprobó la actividad del trabajador" (p. 38-39).

Inciso g) del artículo 25.°

> "g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta"

Esta causal se presenta cuando el trabajador de una manera deliberada causa daños materiales en el patrimonio de su empleador o en bienes que, por cualquier título, se encuentren bajo su posesión. No es necesario que los daños se produzcan durante el desempeño de las labores o con motivo de las mismas, basta que el trabajador los cause en cualquier momento, igualmente, es irrelevante el valor económico de los bienes dañados o que los mismos sean obsoletos o que no

tengan mayor utilidad en el centro de trabajo, lo que se reprime es la conducta saboteadora del trabajador.

Para la configuración de esta falta grave no es necesario que los daños se causen ejerciendo necesariamente violencia física sobre las cosas, pues, también incurre en esta falta el trabajador que intencionalmente introduce un "virus informático" en el sistema de cómputo de su empleador borrando información y causando de esta manera un perjuicio en los programas que utiliza la empresa.

Finalmente, se debe remarcar que la ley peruana es precisa al señalar que las conductas sancionadas deben ser dolosas, por lo tanto, no incurre en esta causal de despido el trabajador que por negligencia causa daño en los bienes de su empleador.

Sobre esta causal, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 6077-2016 LIMA, del 11 de enero de 2018, ha sostenido: "La extinción del vínculo laboral, que se encentre fundado en la falta grave tipificada en el inciso g) del artículo 25.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, debe acreditar de manera suficiente la existencia del daño intencionado incurrido por el trabajador".

El hostigamiento sexual

Esta causal introducida por la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N.° 27942, adicionada por el artículo 2.° de la Ley N.° 29430, sanciona el hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o por quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como, el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica de la empresa.

10.4. Autonomía de la falta grave

"Artículo 26.- Las faltas graves señaladas en el artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir".

El destacado autor nacional RENDÓN (2000), explica los alcances de este artículo sosteniendo que:

> "[...] el empleador no requiere esperar la decisión de la justicia para proceder al despido por un hecho que, a su criterio, además de ser una falta grave laboral es un delito o una falta penal. Establecida la dualidad de caracteres del hecho, el empleador daría comienzo al procedimiento del despido y formularía, además, la denuncia ante la Policía o ante el Ministerio Público. En ambos casos debería proceder inmediatamente" (p. 516).

Se puede afirmar que la falta grave tiene carácter autónomo, careciendo de relevancia para su configuración los efectos civiles o penales que de ella pudieran derivarse.

11. EL PROCEDIMIENTO PARA EL DESPIDO

11.1. El sumario previo

El artículo 7.° del Convenio N.° 158 de la OIT establece que: "No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad".

En nuestro país, el artículo 27.° de la Constitución garantiza la protección del trabajador frente al despido arbitrario, siendo una manera como se manifiesta esta protección la exigencia que hace la ley al empleador para que, en forma previa a la realización de un despido, cumpla con determinados procedimientos y formalidades.

El despido de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada debe efectuarse cumpliendo el debido procedimiento, el cual se encuentra regulado en los artículos 31.° y 32.° del TUOLPCL.

Reglas sobre el procedimiento previo

Las reglas del debido procedimiento que, según el artículo 31.° del TUOLPCL, deben cumplirse son las siguientes:

Regla 1. La causa de despido debe estar relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador.

Regla 2. Cuando la causa del despido esté relacionada con la conducta del trabajador, no se le podrá despedir si antes no se le otorga un plazo razonable no menor de seis (06) días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan.

Debemos precisar, que la norma reglamentaria ha considerado la posibilidad que el plazo mínimo de seis (06) días naturales para la presentación de descargos por el trabajador pueda ser ampliado por el mismo en atención a las circunstancias particulares que puedan presentarse dada la gravedad de la falta (artículo 41.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

La excepción a la regla son los casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable otorgar el plazo de seis (06) días para presentar descargos.

Sobre la flagrancia, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 318-98 LIMA, del 09 de febrero de 2000, ha sostenido que: "La flagrancia a que hace referencia la norma en mención supone la comisión de una falta grave laboral que es constatada en el mismo acto de su realización, frente a lo cual no resulta razonable la concesión del derecho a la defensa, dado lo incontrovertible de su naturaleza".

Con igual criterio resolvió la Casación N.° 915-99 AYACUCHO, del 28 de agosto de 2000, en la cual sostuvo que: "La flagrancia a que se refiere el artículo treintiuno del decreto supremo número cero tres guión noventisiete guión TR supone la comisión de una falta grave laboral, que es constatada en el acto mismo de su realización, frente a lo cual no resulta razonable la concesión del derecho de defensa por su evidencia".

Regla 3. Cuando la causa del despido esté relacionada con la capacidad del trabajador, se le deberá otorgar un plazo de treinta (30) días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Regla 4. Cuando la causal de despido esté relacionada con la conducta del trabajador, mientras dure el trámite previo, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone su remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle.

Como una garantía a favor del trabajador, la ley exige que la decisión del empleador de exonerarlo de asistir a laborar deba constar por escrito.

Regla 5. Debe observarse el principio de inmediatez.

Si el empleador considera que un trabajador ha cometido una falta grave que debe ser sancionado con el despido, está obligado a tomar esta decisión dentro de un plazo razonable que guarde relación entre el momento en que se conoció la falta y la fecha del despido. Constituye, según el Tribunal Constitucional al emitir pronunciamiento en el Expediente N.° 0543-2007-AA, del 29 de setiembre de 2009, "[...] un límite temporal a la facultad del empleador de sancionar al trabajador por la comisión de una falta".

El transcurso de un plazo demasiado largo desde el momento en que el empleador toma conocimiento de la comisión de la falta y la fecha en que se efectúa el despido, afecta el principio de inmediatez, pues, se asume que el patrono renunció a su derecho de sancionar la infracción cometida por el trabajador.

De acuerdo con la norma reglamentaria, el empleador está facultado para despedir al trabajador después que haya presentado sus descargos o inmediatamente después de vencido el plazo otorgado para los mismos sin que haya presentado descargo alguno (artículo 42.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

Según el Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0543-2007-AA "[...] el plazo razonable para ejercer la facultad sancionadora del empleador no está determinado por un determinado periodo de tiempo fijo, sino por las situaciones especiales que pudieran presentarse y por las acciones realizadas por el empleador a fin de establecer certeramente la falta cometida [...]".

Sobre el principio de inmediatez en la jurisprudencia encontramos algunos fallos que ayudan a comprender como se aplica el mismo.

a) En la Casación N.° 340-97 LIMA del 21 de abril de 1998, la Corte Suprema consideró que no resultaba aplicable el principio de inmediatez cuando la extinción del contrato de trabajo era el resultado de un procedimiento de racionalización de personal regulado por normas específicas.

b) En la Casación N.° 1177-97 JUNIN del 21 de mayo de 1999, la Corte Suprema consideró que en el caso de las instituciones bancarias no puede exigirse la inmediatez a partir de la ocurrencia de los hechos considerados falta grave, pues, las investigaciones internas para establecer la veracidad de los mismos requieren de algunos días.

c) En la Casación N.° 938-97 LIMA de 13 de mayo de 1999, la Corte Suprema consideró que por tratarse de una entidad financiera, que efectúa sus investigaciones mediante auditorías las cuales por la naturaleza de la labor requieren informes y peritajes que traen consigo una razonable demora en la investigación, el recurrente no puede argumentar que ha existido consentimiento en la falta por la demora en la comunicación ,más aún si se tiene que por propia mención , en su escrito de demanda señala que al iniciarse las investigaciones se imputo la comisión de una falta y posteriormente se le acumuló más de veinte , entonces tuvo conocimiento que la investigación por número y complejidad no podía ser objeto de un plazo simple.

d) En la Casación N.° 3376-97 PUNO del 02 de junio de 1999, la Corte Suprema explicó el principio de inmediatez en los términos siguientes: "El principio de inmediatez debe interpretarse calificando la prontitud de la reacción del empleador para sancionar la falta cometida, la misma que debe entenderse desde que termina la investigación hasta la notificación de los cargos al trabajador y no, desde la fecha de comisión de la falta hasta el despido efectivo del servidor".

e) En la Casación N.° 3863-97 SANTA del 30 de junio de 1999, la Corte Suprema señaló que el principio de inmediatez no debe ser tomado con rigidez, pue, el empleador tiene derecho para iniciar la investigación de los hechos que ameriten una causal de despido, y luego de ello, recién aplicar la sanción correspondiente.

Reglas sobre la forma del despido

De acuerdo con el artículo 32.° del TUOLPCL, el despido es un acto formal, por lo que, la omisión de alguno de los requisitos esenciales de forma puede convertirlo en arbitrario.

Las reglas para la forma del despido son las siguientes:

Regla 1. Debe comunicarse por escrito

La notificación del despido es el acto por el cual el empleador, utilizando un documento escrito, comunica al trabajador su decisión de dar por terminado el vínculo laboral.

El despido debe ser comunicado al trabajador por medio de una carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.

Si el trabajador se negara a recibir la carta de despido, esta será remitida por intermedio de notario o juez de paz o de la policía a falta de aquellos.

El TUOLPCL ha eliminado la exigencia que existió en el pasado que el despido se comunique mediante carta notarial. Actualmente, basta una carta simple o que conste en cualquier otro documento escrito que pueda ser remitido al trabajador, tal como sería el caso de un memorándum o un oficio. El requisito de la carta notarial ha quedado reservado para los casos en que el trabajador se niegue a recibir la comunicación de su despido, pudiendo, ante esta situación, enviarse la comunicación a través del juez de paz e, inclusive, a falta de este por medio de la policía (segundo párrafo del artículo 32.° del TUOLPCL).

La comunicación del despido deberá efectuarse en el último domicilio que el trabajador haya registrado ante su empleador, aunque al momento de su entrega no se encontrase en aquel; asimismo, el documento de despido puede ser entregado bajo cargo en el centro de trabajo (artículo 43.° del Decreto Supremo N.° 01-96-TR).

Consideramos que, si el trabajador no ha cumplido con informar oportunamente a su empleador el cambio de su domicilio, la notificación de despido dirigida al primer domicilio registrado produce efectos válidos, siempre y cuando exista constancia notarial o de autoridad competente que se concurrió a dicho lugar para notificar el despido.

El documento por el cual se comunica el despido debe consignar en forma clara la fecha a partir de la cual debe cesar el trabajador. Este requisito busca dar certeza al despido y precisar el momento a partir del cual produce efectos la decisión resolutoria del empleador.

La precisión de la fecha a partir de la cual se hace efectivo el despido también es importante para determinar el plazo de caducidad, el mismo que se computa desde el día en que se efectiviza y no desde la fecha en que se recibe la comunicación del despido.

Regla 2. La causal de despido invocada en la carta e inmodificable.

Tal como se ha dicho anteriormente, el despido es una institución causal, por lo tanto, la comunicación de despido deberá contener una descripción de los hechos imputados, no bastando con mencionar la norma legal aplicable.

La norma reglamentaria ha precisado que el error en la cita legal de las comunicaciones señaladas en el artículo anterior no invalida las mismas, siempre que los hechos que den lugar a la atribución de la falta estén debidamente determinados (artículo 44.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite (tercer párrafo del artículo 32.° del TUOLPCL).

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite".

De las reglas citadas se desprende que la normatividad vigente contempla como requisitos esenciales en la forma del despido la notificación escrita, la expresión de causa y la precisión de la fecha a partir de la cual se efectiviza.

11.2. Comisión de la misma falta grave por varios trabajadores

Siendo el empleador el titular de la potestad disciplinaria, el artículo 33.° del TUOLPCL lo faculta a imponer distinta clase de sanciones frente a la comisión de una misma falta grave por varios trabajadores, teniendo en cuenta sus antecedentes laborales y otras circunstancias coadyuvantes, incluso, la ley le da la posibilidad de perdonar la falta si lo considera conveniente.

12. VERIFICACIÓN DEL DESPIDO

La Autoridad Administrativa de Trabajo, a pedido de parte, está facultada para verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, lo que hará constar en el acta correspondiente.

Igualmente, el trabajador podrá recurrir a la autoridad policial a fin de que se efectúe la referida constatación, en la que se deberá especificar la identidad y cargo de las personas que intervienen en el acto, el lugar donde se realizó la diligencia y la manifestación de las partes (artículo 45.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR).

13. EL PLAZO DE CADUCIDAD

La caducidad puede definirse como la extinción de un derecho y de la acción para reclamarlo como consecuencia de la inactividad del trabajador que deja transcurrir el plazo previsto en la ley para ello.

El artículo 2003.° del Código Civil establece que "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente".

En los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad, la caducidad ha sido regulada en los términos siguientes:

> "**Artículo 36.-** El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.
>
> La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidas que le adeude el empleador.
>
> Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho.
>
> La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a el, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento".

En los casos de despido fraudulento e incausado, el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral acordó que:

> "El plazo de caducidad para interponer una demanda de reposición por despido incausado o despido fraudulento es de treinta (30) días hábiles de producido el despido calificado como inconstitucional, de conformidad con el artículo 36 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. En los casos en que exista en trámite una demanda de amparo, ésta deberá ser reconducida ante el juez ordinario laboral si se verifica que la misma ha sido interpuesta dentro del plazo de 30 días hábiles".

Bibliografía

Libros

- ALONSO GARCÍA, Manuel. (1981). Curso de Derecho del Trabajo, Séptima Edición. Madrid: Editorial Ariel.
- ALONSO OLEA, Manuel y Otro. (2000). Derecho del Trabajo, décimo octava edición. Madrid: Civitas Ediciones SL.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2002). El Despido en el Derecho Laboral Peruano, Primera Edición. Lima: ARA.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2006). El Despido en el Derecho Laboral Peruano, Segunda Edición. Lima: ARA Editores EIRL.
- CABANELLAS, Guillermo. (1964). Contrato de Trabajo, Volumen III. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis. (1975). Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, Tercera Edición. Asunción: Editorial "El Foro".
- GOMEZ VALDEZ, Francisco. (1996). Derecho del Trabajo, Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos.

- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2007). Derecho del Trabajo - Relaciones Individuales de Trabajo, Segunda Edición Actualizada. Lima: Editorial San Marcos.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (2001). Derecho del Trabajo, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y otro. (2009). El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional, Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2000). Derecho del trabajo individual, 5a. Edición. Lima: Edial.
- SOTO CERBON, Juan. (1992). Teoría General del Derecho del Trabajo, Primera Edición. México D.F.: Editorial Trillas.

Obras colectivas

- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (1987). La Extinción del Contrato de Trabajo en el Derecho Español. En La Extinción de la Relación Laboral (85). Lima: Aele Editorial.

CAPÍTULO XII
EL DESPIDO NULO

Sumario: 1. Introducción. 2. El despido nulo por realizar actividad sindical. 3. El despido nulo por ejercer la representación de los trabajadores. 4. El despido nulo por ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional. 5. El despido por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole. 6. El despido nulo por maternidad y sus efectos. 7. El despido nulo por padecer VIH/SIDA. 8. El despido nulo por discapacidad. 9. El despido por padecer tuberculosis. 10. El despido nulo por padecer de diabetes o sus secuelas. 11. El despido nulo por hostigamiento sexual. 12. Carga de la prueba en el despido nulo. 13. Efectos de la demanda de nulidad de despido declarada fundada.

1. INTRODUCCIÓN

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacionales, el despido nulo ha sido considerado como sinónimo de despido lesivo a los derechos constitucionales, por tal motivo, de presentarse, el ordenamiento jurídico lo priva de todo efecto y ordena que el trabajador afectado sea readmitido en el empleo con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir y demás derechos que pudieran corresponderle.

Originalmente, el despido nulo fue regulado únicamente por el artículo 29.° del TUOLPCL, sin embargo el texto original ha sido objeto de diversas modificaciones y, además, se han dictado leyes especiales estableciendo nuevos supuestos de despido nulo.

En las líneas siguientes analizaremos cada uno de los casos de despido nulo previstos en la legislación peruana.

2. EL DESPIDO NULO POR REALIZAR ACTIVIDAD SINDICAL

La libertad sindical es un derecho garantizado por el numeral 1) del artículo 28.° de la Constitución, siendo protegida en la legislación laboral, tanto en forma sustantiva como procesal.

El Convenio 158 de la OIT, sobre terminación de la relación laboral,1982, en el literal a) de su artículo 5.° considera que no puede constituir un motivo fundado para la terminación de la relación de trabajo: "La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo".

El inciso a) del artículo 29.° del TUOLPCL considera que:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

Esta norma protege al trabajador contra actos antisindicales de discriminación, como es el caso del despido por afiliarse a un sindicato o el participar en actividades sindicales.

Creemos que para considerar como causal de nulidad de despido la afiliación sindical debe existir una cercanía temporal entre el momento en que el trabajador ejerció su derecho de afiliación sindical y la fecha en que se produjo el despido. Igual razonamiento deberá utilizarse en el caso que se invoque la participación en actividades sindicales como causal de nulidad de despido, pues, debe existir inmediatez entre la actividad sindical efectuada y la conducta represiva del patrono.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 7111-2014 LIMA, del 12 de enero de 2014, ha establecido el criterio que "los actos que impliquen el ejercicio del derecho a la libertad sindical no pueden ser considerados falta grave".

El criterio jurisprudencial busca proteger en toda su amplitud el ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical; sin embargo, al no existir ningún derecho que sea absoluto, los dirigentes sindicales y los trabajadores, al hacer ejercicio de este derecho, no deben lesionar otros derechos de su empleador o de sus compañeros de labores, tal sería el caso de injuriar a su empleador bajo

el pretexto de reclamos sindicales o agraviar a los demás trabajadores que no participan de determinados actos de actividad sindical.

3. EL DESPIDO NULO POR EJERCER LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Esta causal está referida al ejercicio de la representación de los trabajadores, no solo como dirigente sindical, sino también en cualquier otro cargo de representación de los trabajadores.

La Recomendación N.° 143 de la OIT, sobre representantes de los trabajadores, 1971, en su artículo 5.° establece que: "los representantes en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, [...]".

El Convenio 158 de la OIT, en el literal b) de su artículo 5.° considera que no puede constituir un motivo fundado para la terminación de la relación de trabajo: "ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad".

El literal a) del artículo 29.° del TUOLPCL considera que: "Es nulo el despido que tenga por motivo:

[...]

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad".

El inciso en comentario presenta varias situaciones.

i) Ser candidato a representante de los trabajadores: esta candidatura no debe entenderse solamente como candidato a un cargo sindical, sino también pude ser a conformar otros organismos mixtos, tal como es el caso del Comité de Seguridad y Salud (artículo 29.° de la LSST) a conformar el Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual (numeral 27.2 del artículo 27.° del Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMDES).

ii) Actuar como representante de los trabajadores: en este supuesto el trabajador ya se encuentra ejerciendo la representación de los trabajadores y es en esta calidad que se le despide.

iii) Haber actuado como representante de los trabajadores: este tercer supuesto está referido al caso en que el trabajador después de haber dejado de ejercer el cargo representativo es despedido.

En cuanto a la extensión temporal del plazo de protección tenemos que el Decreto Supremo N.° 01-96-TR, en su artículo 46.° establece las reglas siguientes:

a) Tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos, desde los treinta (30) días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta (30) días después de concluido este;

b) Tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa (90) días después de haber cesado en el cargo.

El último párrafo del referido artículo señala que "En ambos casos, la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan del fuero sindical, conforme a Ley". No compartimos esta precisión de la norma reglamentaria, sino como ya lo hemos expresado anteriormente, opinamos que la protección también se extiende a los casos de representantes ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo y representantes ante el Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual.

4. EL DESPIDO NULO POR EJERCICIO DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

La tutela jurisdiccional está consagrada en el inciso 1) del artículo 139.° de la Constitución. De acuerdo con este derecho, toda persona puede recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para acceder a la justicia, así como, obtener resoluciones fundadas en derecho y que las mismas se ejecuten oportunamente.

Por extensión, este derecho también se aplica como protección a las reclamaciones de carácter laboral que se presenten ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

El Convenio 158 de la OIT, en el literal c) de su artículo 5.° considera que no puede constituir un motivo fundado para la terminación de la relación de trabajo: "presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes".

El literal c) del artículo 29.° del TUOLPCL considera que: "Es nulo el despido que tenga por motivo:

> [...]
> c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25".

Esta disposición busca proteger el derecho de los trabajadores de recurrir ante las autoridades competentes, sean administrativas o judiciales, para reclamar sus derechos laborales; se persigue evitar conductas patronales represivas las cuales, de presentarse, son sancionadas con la nulidad.

En esta causal de nulidad de despido se debe analizar tres aspectos: la naturaleza del reclamo, el ámbito temporal del mismo y, finalmente, el ámbito subjetivo.

En cuanto a la naturaleza del reclamo, este debe ser de carácter laboral, descartándose otros de naturaleza distinta, como serían, por ejemplo, denuncias penales contra el empleador. Este criterio fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 2722-97 LAMBAYEQUE, del 2 de junio de 1999.

Posteriormente, el Supremo Tribunal al resolver la Casación N.° 2066-2014 LIMA, del 26 de octubre de 2014, ha establecido como Doctrina Jurisprudencial el criterio siguiente:

> La protección contra el despido nulo que refiere el inciso c) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, se extiende a todo proceso administrativo o judicial que siga el trabajador contra su empleador siempre y cuando

tenga conexión con derechos de carácter laboral, por lo que se descarta que cualquier comunicación interna dirigida por el trabajador contra su empleador, formulando alguna reclamación de carácter laboral o de otra naturaleza, pueda ser considerada como causal de nulidad que señala la norma citada precedentemente.

En consecuencia, podemos afirmar que para la procedencia de la nulidad de despido por ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el reclamo debe ser de naturaleza laboral y formulado ante la Autoridad Administrativa o Judicial de Trabajo. Se descarta cualquier reclamación interna dirigida por el trabajador a su empleador aun cuando fuera de carácter laboral.

El primer párrafo del artículo 47.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR, reglamenta el literal c) del artículo 29.°, exigiendo para su aplicación que el despido esté precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien su propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

Somos de la opinión que la exigencia de conductas patronales hostiles previas al despido no debe ser tomada en cuenta, pues, se convierte en un verdadero obstáculo para la protección del trabajador, ya que no siempre el despido represivo está precedido de conductas que demuestren la intención del empleador de despedir al trabajador, en tal sentido, la norma reglamentaria desnaturaliza la ley, deviniendo en inaplicable conforme al artículo 51.° de la Constitución.

En cuanto al ámbito temporal del reclamo, el segundo párrafo del artículo 47.° del Reglamento establece que la protección otorgada por esta causal de nulidad de despido solo puede ser invocada hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento.

Opinamos que esta disposición reglamentaria también desnaturaliza la protección otorgada por la ley, pues, pasados los tres meses, el trabajador quedaría expuesto a un despido represivo; creemos que lo más acertado es dejar a criterio del juzgador el evaluar en cada caso concreto la relación de temporalidad entre el reclamo del trabajador y el acto del despido.

Finalmente, en cuanto al ámbito subjetivo, debemos decir que el trabajador despedido debe ser quien presentó la queja o participó en el proceso contra su empleador. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la

Casación Laboral N.° 18121-2015 LIMA, del 22 de agosto de 2016, ha establecido lo siguiente:

> "Para que se configure la causal prevista en el inciso c) del artículo 29 del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, el trabajador despedido es quien debe presentar la queja o haber participado del proceso contra su empleador, ya que solo él puede ser objeto de actitud represiva; en tal sentido, el despido no tendrá carácter represivo cuando la queja o demanda haya sido interpuesta por el sindicato al que pertenece el trabajador, pero en representación de una colectividad de trabajadores."

En la última parte del literal c) del artículo 29.° del TUOLPCL se hace una precisión respecto de las quejas y denuncias agraviantes contra el empleador cuando señala: "[...] salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25".

En este último caso el trabajador no goza de protección alguna.

5. EL DESPIDO POR RAZÓN DE SEXO, RAZA, RELIGIÓN, OPINIÓN, IDIOMA, DISCAPACIDAD O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE

El Convenio 158 de la OIT, en su artículo 5.° literal b) considera que no puede constituir un motivo fundado para la terminación de la relación de trabajo: "la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social".

Por su parte, el artículo 29.° del TUOLPCL ha considerado también como un motivo inaceptable para el despido de un trabajador la discriminación en diversas formas, sancionándolo con la nulidad.

El referido artículo, en su texto modificado por la Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2012, señala que es nulo el despido que tenga por motivo: "d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole".

La redacción primigenia que contenía el literal d) del artículo 29.° del TUOLPCL, respecto de las causas de discriminación, no permitía comprender como discriminatorios otros casos similares, pues, las limitaba a la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; sin embargo, de manera acertada, mediante la modificación introducida por la Ley N.° 29973, se adecuó dichos actos discriminatorios a los contemplados en el inciso 2) del artículo 2.° de la Constitución Política del Perú.

Respecto a las causales de discriminación, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido de las mismas en los procesos siguientes:

i) Discriminación por razón de discapacidad o invalidez, en la sentencia del 16 de enero de 2007, recaída en el Expediente N.° 10422-2006-PA/TC.
ii) Discriminación por razón de sexo, en la sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el Expediente N.° 05652-2007-PA/TC LIMA.
iii) Discriminación por embarazo, en la sentencia del 6 de agosto de 2020, recaída en el Expediente N.° 677-2016-PA/TC MOQUEGUA.
iv) Discriminación por motivos religiosos, en la sentencia del 02 de febrero de 2021, recaída en el Expediente N.° 05258-2016-PA/TC JUNIN.

6. EL DESPIDO NULO POR MATERNIDAD Y SUS EFECTOS

El embarazo o el nacimiento de un hijo no pueden constituir causal que, en forma directa o disimulada, origine a una mujer la pérdida de su empleo o que no pueda reincorporarse al mismo una vez terminado el descanso por natalidad.

La condición de embarazo o reciente maternidad de la mujer por ningún motivo pueden justificar el despido de la madre trabajadora, así lo prevén tanto los convenios de OIT como la legislación nacional.

El Convenio N.° 158 de la OIT, sobre la terminación de trabajo (1982), en su artículo 5.° literal e) considera, entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: "la ausencia al trabajo durante la licencia de maternidad".

Por su parte, el Convenio N.° 183 de la OIT, sobre protección de la maternidad (2000), en su artículo 8.°, inciso 1), establece que:

> Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4° ó 5°, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

La Ley N.° 31152, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de abril de 2021, ha modificado el literal e) del artículo 29.° del TUOLPCL, estableciendo una nueva regulación de la nulidad de despido por embarazo.

El nuevo texto es el que a continuación se transcribe.

> **Artículo 29.-** Es nulo el despido que tenga por motivo:
> [...] El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.
> La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4.
> Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

La referida ley, que tiene respaldo constitucional en el artículo 23.° de nuestra Carta Magna, busca prevenir y sancionar la discriminación en el empleo contra las mujeres por razón de su maternidad, siendo un dispositivo de gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

A continuación, explicamos cada una de las causales de nulidad de despido que contempla la Ley N.° 31152.

a) **El embarazo:** para que se configure este primer móvil de nulidad de despido, la terminación del vínculo laboral por el empleador debe producirse durante el período que transcurre desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta el parto.

   La protección prenatal prevista por la Ley N.° 31152, mantiene el criterio existente en la legislación anterior, pues, establece un manto protector para la mujer embarazada durante todo el período de gestación.

b) **El nacimiento y sus consecuencias:** este móvil se configura cuando el despido se produce a partir del momento en que concluye el embarazo y el bebé sale del útero materno hasta los noventa (90) días posteriores al nacimiento.

c) **La lactancia:** este tercer móvil se presenta cuando el despido ocurre durante el período en que la trabajadora se encuentra haciendo uso de su derecho a gozar de una (01) hora diaria de permiso por lactancia materna, previsto por el numeral 1.1) del artículo 1.° de la Ley N.° 27240, modificado por la Ley N.° 27591, permiso que se extiende desde el término del descanso posnatal hasta que el hijo tenga un año de edad.

   En la interpretación de esta norma deberá tenerse en cuenta, además, que la Ley N.° 30709, en su artículo 6.°, prohíbe el despido o no renovación de contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia.

La Ley N.° 31152 protege también a la mujer trabajadora del despido cuyo contrato de trabajo tenga las características siguientes:

a) **Período de prueba:** el período de prueba puede definirse como el lapso que transcurre desde el inicio del contrato de trabajo hasta determinado momento previsto por la ley, durante el cual, el empleador tiene derecho a evaluar si el trabajador reúne las condiciones para las cuales lo contrató, pudiendo, si lo considera conveniente, dar por concluida la relación laboral sin responsabilidad de ningún tipo.

El artículo 10.° del TUOLPCL reconoce la existencia del período de prueba, al término del cual, el trabajador adquiere la protección contra el despido arbitrario.

Según la misma norma, la duración ordinaria del período de prueba es de tres (03) meses, pudiendo las partes pactar por escrito una duración que en su conjunto no excederá de seis (06) meses, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, y de un (01) año en el caso de personal de dirección.

Hasta antes de la entrada en vigencia de esta norma se aceptaba que la trabajadora durante el periodo de prueba podía ser despedida libremente por el empleador (STC N.° 02456-2012-AA/TC, caso Jackeline Carranza); sin embargo, con la nueva regulación introducida por la Ley N.° 31152, ello no podrá ser así, cuando la trabajadora le comunique que se encuentra en situación de embarazo, reciente maternidad o en periodo de lactancia.

Sobre el despido durante el periodo de prueba, el autor argentino GONZÁLEZ (2000), quien nos dice lo siguiente:

En otras palabras, si la situación de embarazo genera una presunción en favor de la trabajadora, y a fin de evitar que el despido pueda ser considerado discriminatorio, el empleador debe demostrar que los motivos que lo impulsaron a disolver el vínculo son ajenos a tal hecho, es decir el embarazo, ya que en esta situación particular, y aunque la ley no lo prevea expresamente no basta que el empleador despida sin invocar más que su voluntad, [...] ya que los valores en juego y los bienes jurídicos tutelados tienen distinta jerarquía.

Y ello se debe a que no nos encontramos ante una cuestión fáctica originada en el sexo, sino en el embarazo, perjudicándose entonces no a la mujer a secas, sino a la mujer gestante, por lo que el patrono debe acreditar que el despido durante la etapa probatoria nada ha tenido que ver con la maternidad (pp. 345-346).

b) **Jornada de cuatro o menos horas:** los trabajadores con jornada laboral menor a cuatro horas no gozaban de protección frente al despido arbitrario, ahora, con la modificatoria introducida por la Ley N.° 31152, las mujeres trabajadoras que se encuentren en los supuestos regulados por dicha norma,

se encuentran protegidas y el empleador no podrá despedirlas sin que exista una causa justa.

6.1. Presunción de nulidad en el despido de la madre trabajadora

La Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, en el literal b) del numeral 23.3) de su artículo 23° asigna la carga de la prueba del motivo de nulidad de despido alegado al empleador; no obstante esta disposición adjetiva, la Ley N.° 31152, mantiene la presunción *juris tantum*, que ya existía en la modificatoria que introdujo la Ley N.° 27185, en el sentido de presumir los móviles del despido; es decir, que el mismo se produce en razón del embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia; en consecuencia, la madre trabajadora no tendrá que asumir carga probatoria alguna respecto del móvil de su despido, sino solamente el probar su estado de gestación. Corresponderá al empleador probar que el despido obedeció a una causa justa.

Sobre la carga probatoria del despido por causal de embarazo, el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 03190-2008-AA, del 02 de julio de 2009, ha señalado que:

> [...] que no corresponde a la demandante acreditar que el despido fue realizado como consecuencia del embarazo. Aún si se asumiera -como parece asumir la Sala- que el despido se produjo meses antes, el despido resulta igualmente nulo toda vez que aún en ese caso el despido se ha producido durante el período de gestación. Por ello corresponde estimar la demanda en el presente caso.

En cuanto a la prueba del estado de gestación, debemos tener en cuenta que la protección que otorga la Ley N.° 31152, "[...] es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa".

Del texto legal podría deducirse que es condición indispensable para que una trabajadora sea protegida con la nulidad del despido, el haber cursado una comunicación escrita al empleador manifestándole su estado de gravidez.

Sobre el requisito de la comunicación previa, el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 04844-2008-PA/TC, del 14 de abril de 2010, en el fundamento cinco de su sentencia ha establecido lo siguiente:

> 5. Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación de dicho estado por la trabajadora al empleador.
> En este sentido, el inciso e) del artículo 29.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido [...].

Por su parte, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación N.° 275-2005 AREQUIPA, del 15 de diciembre de 2005, ha sostenido al respecto lo siguiente:

> [...] cuando en el último párrafo de la norma materia de casación se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito sine qua non la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto constitucional señalado en el considerando anterior; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe

entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo.

Criterio similar se ha mantenido en la Casación N.° 2213-2006 LA LIBERTAD, del 18 de setiembre de 2007.

Sobre el requisito de la comunicación previa al empleador del estado de gestación, la doctrina no es pacífica.

QUISPE y otro (2009) admiten que la comunicación documental al empleador de la situación de embarazo de la trabajadora, excepcionalmente, no será exigible en el caso siguiente:

> [...] en el supuesto que el embarazo de la madre gestante sea evidente, pues, la notificación no determinará la protección a la que se encuentra sujeta. Esto quiere decir que la notificación del embarazo sirve tan solo para hacer de conocimiento del empleador del estado de gestación de la trabajadora cuando este no sea evidente; sería ilógico alegar desconocimiento del estado de la gravidez cuando a simple vista era reconocible el estado de la trabajadora. En suma, la notificación del embarazo al empleador será inexigible cuando el estado de la trabajadora sea evidente (p. 78).

A su vez, GÓMEZ (2000), al referirse al conocimiento que debe tener el empleador de la situación de gravidez de la trabajadora nos dice que: "Obviamente que el empleador debe tener conocimiento que la trabajadora está gestando, sea porque se le ha puesto en conocimiento, o porque fluye de una simple observación externa [...]" (p. 543).

Por nuestra parte, somos de la opinión que aun cuando la mujer no hubiese cumplido con comunicar a su empleador su situación de embarazo, su despido será nulo si de la simple apreciación visual de la trabajadora se desprendiera su condición de gestante.

En el caso que el móvil de nulidad de despido fuera el nacimiento del hijo o el período de lactancia, considero también que, incluso cuando la trabajadora no hubiese cumplido con comunicar por escrito estas situaciones a su empleador, esta exigencia no será relevante en la medida que existan otras situaciones que permitan probar que el mismo tenía conocimiento de la situación de maternidad

de la trabajadora. Tal es el caso de la existencia de un formulario solicitando subsidio por maternidad al Seguro Social de Salud (EsSalud), el que se entrega debidamente llenado, sellado y firmado por el empleador y la trabajadora asegurada; lo mismo ocurriría si existe un formulario solicitando subsidio por lactancia o simplemente cualquier otra comunicación o documento que demuestre que la trabajadora se encontraba en estado pre o posnatal.

Coincidiendo con esta última posición, la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la Casación Laboral N.° 15690-2015 LIMA NORTE, ha establecido que: "El despido nulo alegado se acredita con el hecho que el empleador tomó conocimiento del estado de gestación de su trabajadora al otorgarle el permiso correspondiente para la atención médica".

6.2. Despido de la madre trabajadora por causa justa

La protección otorgada a la madre trabajadora por la Ley N.° 31152 de ninguna manera puede considerarse como un incentivo a la indisciplina y baja de rendimiento de estas trabajadoras, debido a que no afecta la facultad de despido por causa justa que tiene todo empleador, pues, como ella misma lo establece expresamente "[...] no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa".

Sobre la posibilidad que una madre trabajadora pueda ser despedida por causa justa, la jurisprudencia de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, como la recaída en la Casación N.° 2016-2014, del 27 de octubre de 2014, ha señalado lo siguiente:

> [...] En todo despido de una trabajadora durante el período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir, o si la sanción de despido impuesta no cumple con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en consecuencia las trabajadoras embarazadas o de reciente maternidad que incumplan con sus obligaciones de trabajo podrán ser despedidas por sus empleadores, sin responsabilidad para éstos, previo cumplimiento del procedimiento establecido en la ley, cuando de manera intencional cometan una falta

grave prevista en el artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR.

7. EL DESPIDO NULO POR PADECER VIH/SIDA

El artículo 6.° de la Ley N.° 26626, del 19 de junio de 1997, establece lo siguiente: "Artículo 6.- Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones.

Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA".

Según TOYAMA (2005):

> [...] mientras el trabajador enfermo del SIDA pueda prestar sus servicios, este debe continuar y se le debe permitir laborar en forma efectiva. No cabría, por ende, una estigmatización que suponga un impedimento del empleador para que el trabajador preste sus servicios, incluso si no se deja de abonar las remuneraciones pero se le impide laborar (p. 256).

Es claro que lo que persigue esta norma es sancionar el despido discriminatorio de un trabajador enfermo de VIH/SIDA.

8. EL DESPIDO NULO POR DISCAPACIDAD

El numeral 8.2) del artículo 8.° de la Ley N.° 29973, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2012, estable lo siguiente:

> 8.2 Es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, incluida la denegación de ajustes razonables. No se consideran discriminatorias las medidas positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad.

Asimismo, el numeral 52.2) del artículo 52.° de la referida Ley, establece lo siguiente:

> 52.2 El personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. Caso contrario, dicho personal es transferido a un puesto que sea compatible con sus capacidades y aptitudes, en la medida que exista vacante, y que no implique riesgos para su seguridad y su salud o las de otras personas.

De la interpretación concordada de los artículos citados podemos concluir que será nulo el despido que se sustente en algún tipo de discapacidad sufrida por el trabajador, pues, este acto atentaría contra su derecho al trabajo.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el despido por discapacidad en su sentencia de fecha 16 de enero de 20027 recaída en el Expediente No.10442-2006-PA/CAJAMARCA .

9. EL DESPIDO NULO POR PADECER TUBERCULOSIS

El artículo 11.° de la Ley N.° 30287, Ley de Prevención y Control de la Tuberculosis en el Perú, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de diciembre de 2014, ha establecido lo siguiente:

> **"Artículo 15. Nulidad de despido por la condición de salud**
> Es nulo el despido de un trabajador que pertenece a cualquier régimen de actividad laboral que tenga por motivo su condición de persona afectada por tuberculosis".

El Decreto Supremo N.° 021-2016-SA, Reglamento de la Ley N.° 30287, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de mayo de 2016, en el numeral 15.1) de su artículo 15.° legisla lo siguiente:

> 15.1. En caso se compruebe que el despido del trabajador ha sido motivado solo por ser una persona afectada por tuberculosis, se

considerará despido nulo por ser un acto discriminatorio. La nulidad del despido se sujetará a las disposiciones laborales vigentes.

Como se puede apreciar, las normas legales citadas constituyen un mecanismo prohibitivo, el cual, busca impedir el despido de un trabajador cuyo motivo sea el padecer tuberculosis, toda vez que este acto resulta discriminatorio y contraviene lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 2.° de la Constitución.

10. EL DESPIDO NULO POR PADECER DE DIABETES O SUS SECUELAS

El último párrafo del artículo 9.° de la Ley N.° 28553, adicionado por la Ley N.° 30867, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de noviembre de 2018, establece textualmente que: "La diabetes o sus secuelas no son causales de impedimento para el ingreso o motivo de cese de la relación laboral".

Interpretamos de esta norma que se busca proteger de toda forma de discriminación, tanto en el acceso como en la salida de la relación laboral a los trabajadores que padecen diabetes, motivo por el cual, el despido de un trabajador por el solo hecho de adolecer esta enfermedad o estar afectado por las secuelas de la misma, es un despido discriminatorio que merece ser sancionado con la nulidad, lo que origina la readmisión en el empleo del prestador de servicios.

Aunque la ley no lo precisa, entendemos que para que opere la protección introducida por la Ley N.° 30867 el trabajador deberá haber comunicado a su empleador en forma escrita o por cualquier otro medio que ha sido diagnosticado con diabetes.

11. EL DESPIDO NULO POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El Decreto Legislativo N.° 1410, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de setiembre de 2018, ha modificado la Ley N.° 27942, en el sentido de establecer que es nulo el despido o la no renovación del contrato de trabajo a plazo determinado por razones vinculadas a la presentación de una queja de hostigamiento sexual en el trabajo, la interposición de una demanda, denuncia o reclamación por dichos motivos o por la participación en este tipo de procedimientos como testigo a favor de la víctima.

12. CARGA DE LA PRUEBA EN EL DESPIDO NULO

De acuerdo con el literal b) del numeral 23.3) del artículo 23.° de la NLPT, corresponde al trabajador probar el motivo de nulidad de despido que invoque, con excepción del despido originado por embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, en cuyo caso se aplica la presunción prevista por la Ley N.° 31152.

La Corte Suprema de Justicia de la Republica al resolver la Casación N.° 12816-2015 LIMA, del 08 de abril de 2016, ha establecido como criterio la doctrina jurisprudencial siguiente:

> Cuando el trabajador demandante alegue que el despido del que ha sido objeto vulnera su derecho a la libertad sindical, deberá aportar indicios razonables de los que se pueda deducir una presunción no plena, que el término de la relación laboral obedeció a su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales; por su parte el empleador demandado solo podrá destruir esa presunción de despido antisindical probando fehacientemente que su decisión obedeció a un móvil razonable, como es caso de la comisión de una falta grave o la presencia de una causa justa de extinción del contrato de trabajo. No podrá invocar como causa razonable para la terminación de la relación laboral el vencimiento del plazo de contratos celebrados fraudulentamente con violación las leyes laborales.

13. EFECTOS DE LA DEMANDA DE NULIDAD DE DESPIDO DECLARADA FUNDADA

En todos los casos en que la demanda de nulidad de despido sea declarada fundada, de conformidad con el último párrafo del artículo 34.° del TUOLPCL, el trabajador tendrá que ser readmitido en el empleo, precisando el artículo 40.° del mismo cuerpo normativo que en este caso se le deberá efectuar, además, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su despido hasta su real reincorporación.

La Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver con fecha 07 de diciembre de 2016, la Casación Laboral No.8988-2015 DEL SANTA, ha establecido lo siguiente: "En atención al artículo 40 del Texto Único Ordenado

del Decreto Legislativo No.728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No.003-97-TR, se reconoce derecho a remuneraciones devengadas por el periodo no laborado solo cuando se trata de despido nulo."

Igualmente, tendrá derecho a que se le efectúen los correspondientes depósitos de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y al pago de intereses respectivos.

Bibliografía

Libros

- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2000). El Contrato de Trabajo, Parte General, Tomo I. Lima: Editorial San Marcos.
- QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y otro. (2009). El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional, 1ª. Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2005). Instituciones del Derecho Laboral, 2da. Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Revistas

- GONZÁLEZ, Ricardo Oscar. (2000). Despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba. Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo-II, Rubinzal-Culzoni Editores: 345-346.

CAPÍTULO XIII
LAS REMUNERACIONES

Sumario: 1. Introducción 2. Definición. 3. El derecho fundamental a la remuneración. 4. Contenido del derecho a la remuneración. 5. Clasificación. 6. Características. 7. Conceptos no remunerativos. 8. Garantías de la remuneración. 9. Reducción de remuneraciones. 10. La Remuneración Mínima Vital. 11. La remuneración en los regímenes especiales. 12. Prohibición de la discriminación remunerativa entre varones y mujeres.

1. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, el contrato de trabajo se caracteriza por ser oneroso, pues, ambos partícipes del mismo tienen obligaciones recíprocas; por una parte, el trabajador se compromete a poner su fuerza de trabajo al servicio del empleador y, por la otra, el empleador se obliga a pagar la remuneración acordada al trabajador.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N.° 052-2001 LIMA, del 26 de marzo de 2001, ha establecido que la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio.

La remuneración resulta ser un elemento esencial del contrato de trabajo, pues, no es posible admitir una relación laboral sin que exista una remuneración por el servicio prestado, más aún, si tenemos en cuenta que, según el cuarto párrafo del artículo 23.° de la Constitución Política del Perú: "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su consentimiento".

2. DEFINICIÓN

Antes de establecer una definición de salario o remuneración resulta adecuado revisar el origen etimológico de este término.

Al respecto, el autor LÓPEZ (2014) nos explica lo siguiente:

> La voz salario, que ha sido reemplazada por la de sueldo, proviene del latín *salarium*, que a su vez es derivada de sal, que consistía en la costumbre antigua de dar a los domésticos en pago una cantidad fija de sal. Se utiliza para distinguirlo las expresiones haber, sobresueldo, semana, quincena, mensualidad, mesada, comisión, quitación, alafa, vendaje, regalía, subvención, viáticos, asesoría, merced, provecho.
> No obstante la mayor o menor sinonimia de estos vocablos, más por el contenido, coinciden estos otros: sueldo, soldada, estipendio, emolumentos, honorarios, jornal, remuneración, paga, gratificación (p. 324).

Establecido el origen etimológico de la palabra salario o remuneración, pasaremos a establecer su definición.

El Convenio N.° 95 de la OIT, sobre la protección del salario, 1949, define el salario en los términos siguientes:

> [...] el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Por su parte, la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, define la remuneración de la manera siguiente:

> En conformidad con el párrafo a) del artículo 1 del Convenio, el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro elemento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto

> del empleo de este último". Esta definición, expresada en los términos más amplios posibles, trata de asegurar que la igualdad no se limite al salario básico u ordinario ni pueda restringirse en modo alguno por disposiciones semánticas.

En nuestra legislación laboral, el artículo 6.° del TUOLPCL, modificado por la Ley N.° 28051, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de julio de 2003, presenta la definición de remuneración siguiente:

> Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efectos de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro directo.

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral en su Resolución N.° 234-2019-SUNAFIL, del 21 de julio de 2019, al aprobar la Versión 2 del Protocolo N.° 004-2019-SUNAFIL/INII, denominado "Protocolo para la Fiscalización de las Obligaciones en Materia Remunerativa previstas en la Ley N.° 30709, Ley que prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres", ha definido la remuneración en los términos siguientes:

> En concordancia con el artículo 1 del Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre igualdad de remuneración, el termino remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al/la trabajador/a, en concepto del empleo de este último.

Por nuestra parte, definimos la remuneración o salario como todo pago en dinero y, excepcionalmente, en especie, que percibe el trabajador por los

servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo. El concepto de remuneración incluye no solo la remuneración ordinaria percibida por el trabajador, sino también todo otro pago cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, salvo que por norma legal expresa se le niegue tal calidad.

La remuneración resulta tener una importancia trascendental en la economía de un país, pues, por lo general, es la principal o única fuente de ingresos de los trabajadores quienes, por medio de ella, pueden adquirir los bienes y servicios que requieren para satisfacer sus necesidades propias y las de sus familias.

3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA REMUNERACIÓN

Sobre la remuneración como un derecho fundamental del trabajador, el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 0020-2012-PI/TC, del 16 de abril de 2014, en los fundamentos 12, 13 y 15, ha señalado lo siguiente:

> **a. El derecho fundamental a una remuneración**
>
> [...]
>
> 12. Este Colegiado ha señalado que la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana (fundamento 6 de la STC 4922-2007-PA/TC).
>
> 13. El derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de este último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23 in fine y segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo.

[...]

15. Más allá de los conceptos que integran la remuneración, este Tribunal considera imprescindible centrar su estudio en la estructura del derecho fundamental. Ésta se encuentra compuesta por elementos diferenciados (fundamento 75 de la STC 0050-2004-AUTC y otros): el contenido esencial es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y uno accidental, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados. Por tal razón, corresponde a este Colegiado a fin de resolver la controversia planteada definir, de manera inicial, qué elementos constituyen ambos contenidos.

4. CONTENIDO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN

Como hemos dicho anteriormente, la remuneración es un derecho fundamental, lo que nos lleva a estudiar cuál es la estructura de este derecho.

Por un lado, tiene un contenido esencial que es intangible para el legislador, quien no puede derogarlo o modificarlo, y un contenido accidental, que puede ser objeto de manipulación dentro de los límites constitucionales a fin de proteger otros derechos constitucionalmente tutelados.

Sobre el contenido esencial y el contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

4.1. Contenido esencial

Sobre el contenido esencial del derecho a la remuneración, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 16 y 17 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0020-2012-PI/TC sostiene lo siguiente:

16. A criterio de este Tribunal el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, tal como está reconocido en la Constitución, abarca los siguientes elementos:

- **Acceso**, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).

- **No privación arbitraria**, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
- **Prioritario**, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- **Equidad**, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- **Suficiencia,** por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

17. En este orden de ideas, y atendiendo a los cuestionamientos invocados en el caso de autos, conviene precisar lo que este Tribunal entiende por las categorías de remuneración "equitativa" y "suficiente".

4.1.1. Remuneración equitativa

Sobre la remuneración equitativa, el máximo intérprete de la Constitución, en los fundamentos 18, 19 y 22 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0020-2012-PI/TC, refiere lo siguiente:

> 18. La Constitución reconoce explícitamente la protección a la remuneración equitativa. El Convenio 100 de la OIT, al respecto, establece que "Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor".
>
> De ello se desprende que toda remuneración calculada con base en criterios discriminatorios por razón de género será inequitativa y, por ende, inconstitucional.

19. Sin embargo, a partir del análisis de otras fuentes normativas así como de la jurisprudencia emitida por este Tribunal, tal "remuneración equitativa" no puede limitarse a garantizar el principio-derecho de igualdad por cuestión de género recogido en el artículo 2.2 de la Constitución, sino va más allá. Así, este Colegiado ha establecido que *"(...) la remuneración como retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación"*, no puede ser objeto de diferenciación, como por ejemplo, otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo, quedando proscrito, en consecuencia, cualquier trato discriminatorio que, amparándose en causas prohibidas, afecte el derecho fundamental a la remuneración (fundamento 8 de la STC 4922-2007-PA/TC).

[...]

22. En síntesis, la "remuneración equitativa", a la que hace referencia el artículo 24 de la Constitución, implica que ésta no sea objeto de actos de diferenciación arbitrarios que, por ampararse en causas prohibidas, se consideren discriminatorios según lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Constitución.

4.1.2. Remuneración suficiente

Sobre la remuneración suficiente, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 23, 24, 28 y 29 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0020-2012-PI/TC señala lo siguiente:

23. La Constitución reconoce también que una remuneración, de acuerdo a la jornada de trabajo y labor realizada por el trabajador, debe ser "suficiente", concepto que en el ámbito internacional se ve reconocida bajo el término de "satisfactoria" (artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7 del Protocolo de San Salvador). Vale recordar que, dentro de un mercado laboral de competencia perfecta, la remuneración tenderá a ser por lo menos igual al salario de reserva, monto pecuniario a partir del cual una persona está dispuesta a trabajar, determinando la elección que realiza el individuo entre trabajo y ocio, según los criterios de curvas de indiferencia y restricción presupuestaria.

24. La remuneración suficiente posee una estrecha relación con el concepto de "remuneración mínima". Al respecto, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) expresa que la paz y armonía universales requieren de la garantía de un salario vital adecuado. Además, resulta de aplicación el artículo 2.1 del Convenio 131 de la OIT, que señala que "Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza".

[...]

28. Ahora bien, la coexistencia de la remuneración mínima se explica en tanto es posible establecer una remuneración mínima colectiva mayor que la normativa, en atención a las necesidades y condiciones particulares de cada rubro, y de forma razonable, si éstas no pueden ser adecuadamente cubiertas por la RMV. En ese sentido, si bien esta última podría coincidir con la "remuneración suficiente", ello no ocurrirá en todos los casos, por lo que no corresponde establecer una relación de identidad absoluta entre ambos.

Así, la existencia de remuneraciones mínimas de fuente normativa o colectiva tan solo constituye una forma de concretar la exigencia constitucional de que las remuneraciones sean suficientes y permitan, por consiguiente, al trabajador y a su familia alcanzar los niveles de bienestar material y espiritual a los que hace referencia el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución.

29. En consecuencia, la remuneración suficiente, en tanto parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración previsto en el artículo 24 de la Constitución, implica también ajustar su quantum a un criterio mínimo —bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio-derecho a la dignidad.

4.2. Contenido accidental

Sobre el contenido accidental de la remuneración, el Tribunal Constitucional, en los fundamentos 30 a 32 de su sentencia recaída en el Expediente N.° 0020-2012-PI/TC, ha establecido lo siguiente:

> 30. Frente los elementos constituyentes del contenido esencial, es preciso también fijar en cuál es su contenido accidental; esto es, aquél sujeto a restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución.
>
> 31. El derecho a la remuneración, como todo derecho (o principio constitucional) individual, social o económico, positivo o negativo, puede ser limitado o restringido, y, por lo tanto, puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada. No obstante, cualquier limitación que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales ha de respetar el contenido esencial.
>
> 32. Sólo con carácter enumerativo, no cerrado, este Colegiado, analizando el artículo 24 de la Constitución y sirviéndose de principios establecidos en normas infraconstitucionales, considera que son parte del contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración:
>
> - **La consistencia**, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario.
> - **La intangibilidad**, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución, definida en múltiple jurisprudencia, como la STC 4188-2004-AA/TC).

5. CLASIFICACIÓN

La remuneración puede ser clasificada de acuerdo a diversas modalidades, como veremos a continuación.

5.1. Remuneración por unidad de tiempo

Es aquella que se establece de acuerdo al tiempo laborado por el trabajador, tomando como base la hora efectiva de trabajo. Esta forma de determinar la remuneración puede ser prevista por las partes o por las normas legales (primer párrafo del artículo 8.° del TUOLPCL).

Para efectos de esta forma de pago de remuneración es necesario establecer previamente el valor día efectivo de trabajo y el valor hora efectiva de trabajo.

El **valor día efectivo** de trabajo se obtiene dividiendo la remuneración ordinaria mensual, quincenal o semanal, entre treinta, quince o siete, respectivamente (segundo párrafo del artículo 8.° del TUOLPCL).

El **valor hora efectiva** de trabajo se obtiene dividiendo el valor día efectivamente laborado entre número de horas efectivamente laboradas en la jornada ordinaria o convencional a la cual se sujete el trabajador (tercer párrafo del artículo 8.° del TUOLPCL).

5.2. Remuneración por unidad de obra

Es aquella que se determina en función a las unidades producidas, sin importar el tiempo destinado a la elaboración de cada pieza. A este tipo de salario se le llama también salario a destajo.

5.3. Remuneración integral

Es aquella que se pacta en forma anual con trabajadores que perciban una remuneración mensual no menor de dos (02) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), comprendiendo la remuneración integral todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa, con excepción de la participación en las utilidades (último párrafo del artículo 8.° del TUOLPCL).

6. CARACTERÍSTICAS

La remuneración presenta como características fundamentales su carácter alimenticio, dinerario y la independencia del riesgo de la empresa.

6.1. **Carácter alimenticio**, se desprende del hecho que por estar dedicado el trabajador en forma personal a cumplir con sus labores a favor del empleador, no puede desarrollar otras actividades que le permitan satisfacer las necesidades de subsistencia de él y su familia, debiendo atender dichas necesidades con la remuneración que percibe.

6.2. **Carácter dinerario**, implica que la remuneración debe ser pagada en dinero, pues, esta le permite al trabajador y su familia adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades.

Si bien la ley deja abierta la posibilidad del pago de remuneraciones en especie, creemos que no es admisible que el total de la remuneración pueda ser cancelado de esta manera, solo en forma excepcional y previo acuerdo entre los sujetos del contrato de trabajo, se podría aceptar que una parte de la remuneración se pague en especie.

El pago de parte de la remuneración en especie no resulta conveniente para los trabajadores, pues, existe la posibilidad de abuso de parte del empleador, quien podría entregar productos de baja calidad y a precios mayores a los que pudieran corresponderles.

La Corte Suprema de Justicia al resolver la Casación N.° 2073-97 LIMA, del 01 de julio de 1999, sobre pago de la remuneración en especie, ha precisado lo siguiente:

Las especies entregadas al trabajador para su uso y consumo personal consistentes en zapatos de calle, jabón, toallas, leche, chocolate, lata de durazno, lata de atún, paquete de fideos, galletas, aceite de comer, pollo viscerado, gelatina, frazada, panetón, botella de champagne, leña, detergente, papel higiénico, no constituyen condición de trabajo, porque no se aplican a la labor desempeñada ni forman parte del desarrollo de la actividad que realiza el trabajador, constituyendo las mencionadas verdaderas remuneraciones en especie.

6.3. **Carácter independiente del riesgo de la empresa**, significa que las pérdidas que sufra la empresa como consecuencia de la naturaleza aleatoria de la actividad económica no pueden perjudicar las remuneraciones de los trabajadores, pues, el empleador es el único responsable de la explotación del negocio.

7. CONCEPTOS NO REMUNERATIVOS

Tal como se ha dicho anteriormente, tanto la doctrina como el derecho nacional y comparado admiten la existencia de pagos en dinero o en especie que percibe el trabajador a los cuales, por su naturaleza especial, la ley no les reconoce la categoría de remuneraciones.

El artículo 7.° del TUOLPCL es una norma de remisión sobre qué conceptos no deben considerarse remuneración para ningún efecto. Dicha norma establece lo siguiente: "**Artículo 7.-** No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 650".

Como podemos apreciar, el artículo citado nos remite a lo previsto en los artículos 19.° y 20.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N.° 001-97-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de marzo de 1997, los cuales señalan expresamente qué conceptos no tienen naturaleza remunerativa y por ende no son computables para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (CTS) ni para cualquier otro beneficio, en los términos siguientes:

> **Artículo 19.-** No se consideran remuneraciones computables las siguientes:
>
> a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;
> b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
> c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;
> d) La canasta de Navidad o similares;
> e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el

empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados;

f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;

g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;

h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;

i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;

j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal (texto según el artículo 13° de la Ley N° 28051).

Artículo 20.- Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal.

Además, el Decreto Supremo N.° 004-97-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de abril de 1997, también excluye de tener la condición de remuneraciones a los pagos siguientes:

Artículo 7.- La asignación o bonificación por educación a que se contrae el inciso f) del Artículo 19 de la Ley, comprende a las otorgadas con ocasión de los estudios del trabajador o de sus hijos, de ser el caso;

sean éstos preescolares, escolares, superiores, técnicos o universitarios e incluye todos aquellos gastos que se requieran para el desarrollo de los estudios respectivos, como uniformes, útiles educativos y otros de similar naturaleza, salvo convenio más favorable para el trabajador.

Artículo 8.- Se consideran condiciones de trabajo, los pagos efectuados en dinero o en especie, previstos en el inciso i) del Artículo 19 de la Ley.

La inclusión en el libro de planillas de los conceptos referidos en los Artículos 19 y 20 de la Ley, no afectan su naturaleza de no computable.

Para determinar el carácter remunerativo de ciertos pagos que percibe el trabajador y a los cuales no se les quiera reconocer tal calidad, debe aplicarse el principio de primacía de la realidad a efectos de determinar si por su monto, disponibilidad y regularidad de percepción, constituyen una remuneración encubierta o realmente son conceptos no remunerativos.

Otros conceptos no mencionados en los artículos 19.° y 20.° del Decreto Supremo N.° 001-97-TR y que no tienen carácter remunerativo son los siguientes:

7.1. Bonificación por desgaste de herramientas

Se abona a cierta categoría de trabajadores obreros, busca reponer el valor de las herramientas de propiedad del trabajador, disminuido por el uso dado al servicio del empleador.

7.2. Gastos de Representación

Son propios de los trabajadores de dirección o de confianza, aunque, en algunos casos, son otorgados a servidores que, sin tener esta categoría, tienen como labor mantener contactos con clientes potenciales o efectivos del empleador. No pueden ser considerados como remuneración, pues, su finalidad es cubrir gastos relacionados con una función y no remunerar el trabajo prestado.

7.3. Propinas

Son pagos que en forma voluntaria los usuarios de un servicio hacen a los trabajadores que los han atendido como una muestra de reconocimiento por la atención brindada. Es un pago que percibe el trabajador de un tercero que no es su empleador.

7.4. Riesgo de Caja

Tiene por finalidad resarcir a los cajeros o trabajadores que hagan sus veces, por posibles pérdidas, hurtos o faltantes de dinero, que el trabajador tendría que asumir por razón de su cargo.

7.5. Viáticos

Tienen por finalidad otorgar recursos al trabajador para que pueda sufragar sus gastos de alimentación y hospedaje cuando deba desplazarse fuera del lugar donde se encuentra ubicado su centro de trabajo para cumplir una labor dispuesta por su empleador. Por lo general, estos pagos están sujetos a rendición de cuentas.

7.6. Los uniformes de trabajo

Los uniformes, por constituir condiciones de trabajo, no son susceptibles de entrega una vez concluida la relación laboral y mucho menos reembolsables en su equivalencia monetaria, ya que no constituyen remuneraciones en especie.

8. GARANTÍAS DE LA REMUNERACIÓN

Están constituidas por el conjunto de normas que persiguen proteger el pago de las remuneraciones y garantizar su efectividad, constituyendo, en cierta manera, una situación de preferencia a favor del trabajador, que se justifica por su carácter predominantemente alimenticio.

El segundo párrafo del artículo 24.° de la Constitución establece que "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador".

Las garantías de protección legal a las remuneraciones pueden ser frente al empleador, contra los acreedores del trabajador y contra los acreedores del empleador.

El Convenio N.° 95 de la OIT, sobre protección del salario 1949, no ratificado por el Perú, establece diversas garantías para el salario o remuneración de los trabajadores.

8.1. Garantías frente al empleador

La ley protege la remuneración del trabajador frente a posibles abusos del empleador, ello implica que el pago se efectúe en la forma, tiempo y lugar que

corresponda, además, de la imposibilidad patronal de reducir unilateralmente el monto de la remuneración.

8.1.1. Obligación de pago

Como consecuencia del contrato de trabajo, el empleador tiene la obligación de pagar al trabajador una remuneración, derecho que está garantizado en el último párrafo del artículo 23.° de la Constitución Política del Perú antes citado, lo que descarta la posibilidad de la prestación de trabajo en forma gratuita.

El numeral 24.4 del artículo 24.° del Decreto Supremo N.° 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo N.° 019-2007-TR, considera una infracción grave en materia de relaciones laborales lo siguiente:

> [...] no pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y beneficios laborales a que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos, laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley.

8.1.2. Forma de pago

El pago de la remuneración debe hacerse en efectivo y en moneda de curso legal, excepcionalmente, se podrá aceptar que parte de la remuneración pueda ser pagada en especie.

Los artículos 3.° y 5.° del Convenio N.° 95 de la OIT, sobre protección del salario, 1949, establecen lo siguiente:

> ***Artículo 3***
>
> 1. Los salarios que deban pagarse en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal, y deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal.
>
> 2. La autoridad competente podrá permitir o prescribir el pago del salario por cheque contra un banco o por giro postal, cuando este modo de pago sea de uso corriente o sea necesario a causa de circunstancias especiales, cuando un contrato colectivo o un laudo arbitral así lo establezca, o cuando, en defecto de dichas disposiciones, el trabajador interesado preste su consentimiento.

Artículo 5

El salario se deberá pagar directamente al trabajador interesado, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago, o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente.

En el Perú, el trabajador debe recibir su pago en dinero, pues, siendo este un instrumento general de cambio, al percibir su salario en circulante puede adquirir los bienes y servicios que considere convenientes para sus intereses.

8.1.3. Periodicidad de pago

El TUOLPCL no establece expresamente la periodicidad con la que deben abonarse las remuneraciones. No obstante, las remuneraciones deben ser pagadas dentro de intervalos de tiempo regulares y breves, pues, el trabajador necesita de su remuneración para satisfacer sus necesidades alimenticias tanto de él como de su familia.

En cuanto a la oportunidad de pago, esto la establece la ley, el convenio colectivo o la costumbre. En nuestro medio, por lo general, tratándose de empleados, las remuneraciones se abonan en forma mensual o quincenal, mientras que, en el caso de obreros, el pago se efectúa semanalmente.

El artículo 12.° del Convenio N° 95 de la OIT, sobre protección del salario, 1949, establece lo siguiente:

Artículo 12

1. El salario se deberá pagar a intervalos regulares. A menos que existan otros arreglos satisfactorios que garanticen el pago del salario a intervalos regulares, los intervalos a los que el salario deba pagarse se establecerán por la legislación nacional o se fijarán por un contrato colectivo o un laudo arbitral.

2. Cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato.

Si el empleador no cumpliese con pagar en la oportunidad que corresponda la remuneración, incurre en mora automática y quedará obligado al pago del interés legal laboral que corresponda.

Sobre los intereses legales en materia laboral, el Decreto Ley N.° 25920, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 03 de diciembre de 1992, establece lo siguiente:

> **Artículo 1.-** A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, el interés que corresponda pagar por adeudos de carácter laboral, es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable.
>
> [...]
>
> **Artículo 3.-** El interés legal sobre los montos adeudados por el empleador se devengan a partir del siguiente de aquél en que se produjo el incumplimiento y hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el trabajador afectado exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación al empleador o pruebe haber sufrido algún daño.

8.1.4. Lugar de pago

El TUOLPCL no establece el lugar donde debe abonarse sus remuneraciones a los trabajadores. Originalmente, esta obligación se cumplía en el centro de trabajo; sin embargo, actualmente, el desarrollo de la tecnología permite que el pago se efectúe fuera del mismo por parte de terceros, tal como es el caso tan difundido del cobro en agencias bancarias o cajeros automáticos.

Al respecto, el artículo 13.° del Convenio N.° 95 de la OIT, sobre protección del salario, 1949, establece lo siguiente:

> ***Artículo 13***
>
> 1. Cuando el pago del salario se haga en efectivo, se deberá efectuar únicamente los días laborables, en el lugar de trabajo o en un lugar próximo al mismo, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral disponga otra forma o que otros arreglos

conocidos por los trabajadores interesados se consideren más adecuados.

2. Se deberá prohibir el pago del salario en tabernas u otros establecimientos similares y, cuando ello fuere necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta al por menor y en los centros de distracción, excepto en el caso de personas empleadas en dichos establecimientos.

8.2. Garantías contra los acreedores del trabajador

En principio, las remuneraciones del trabajador son inembargables por parte de sus propios acreedores; sin embargo, tanto la doctrina como el derecho comparado admiten que tratándose de deudas alimenticias no debe regir esta protección.

El artículo 10.° del Convenio N.° 95 de la OIT, sobre protección del salario, 1949, establece lo siguiente:

Artículo 10

1. El salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional.

2. El salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

En el Perú, según el artículo 648.° del Código Procesal Civil, es procedente el embargo de hasta el sesenta por ciento (60%) del total de los ingresos del trabajador por deudas de alimentos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

Tratándose de beneficios sociales, el artículo 37.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios admite que los depósitos de CTS puedan ser embargados hasta por el cincuenta por ciento (50%) de su monto por deudas de alimentos, procediendo su abono al cese del trabajador cualquiera fuere la causa que lo motive, con excepción de los casos de retiros parciales, sancionándose con nulidad de pleno derecho cualquier pacto en contrario.

Respecto a la inembargabilidad de las remuneraciones, el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.° 00645-2013-PA/TC, del 04 de junio de 2015, en el fundamento 9 ha expresado el criterio siguiente:

> 9. En tal sentido, sin perjuicio de lo que dispongan las normas tributarias y laborales sobre la diferencia entre los conceptos de remuneración y honorarios, a efectos de la interpretación y aplicación del artículo 648°, inciso 6°, del Código Procesal Civil, debe entenderse el término *remuneración* en el sentido amplio del Código Civil, de manera que no son embargables las remuneraciones de los deudores, estas sean producto de un contrato de naturaleza laboral o de un contrato de prestación de servicios regido por el Código Civil, salvo las limitaciones establecidas en la referida norma.

8.3. Garantías contra los acreedores del empleador

Teniendo en cuenta el carácter alimenticio de la remuneración, la cual, por lo general, constituye la única fuente de ingresos del trabajador y sus familiares, el pago de remuneraciones goza del privilegio de preferencia sobre todas las demás obligaciones del empleador.

El artículo 11.° del Convenio N° 95 de la OIT, sobre protección del salario, 1949, establece lo siguiente:

> ***Artículo 11***
>
> 1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.
>
> 2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.

3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes.

Este privilegio de pago preferente ha alcanzado la máxima jerarquía jurídica, pues, el segundo párrafo del artículo 24.° de la Constitución establece que "el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador [...]".

Actualmente, el Decreto Legislativo N.° 856, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de octubre de 1996, precisa los alcances y prioridades de los créditos laborales . El contenido de esta norma es el siguiente:

El artículo 1 precisa cuales son Los créditos laborales que gozan de protección especial o de privilegio.

El artículo 2 recoge el principio de la despersonalización del empleador.

El artículo 3 regula como se ejerce la preferencia prevista en el artículo 2, en los casos de insolvencia del empleador y de fraude o simulación.

El artículo 4 regula el ejercicio de la preferencia o prioridad en sede judicial.

A continuación transcribimos los artículos del Decreto Legislativo No.856 antes reseñados.

Artículo 1.- Constituyen créditos laborales las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se adeudan a los trabajadores.

Los créditos laborales comprenden los aportes impagos tanto del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones como al Sistema Nacional de Pensiones, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse.

Los créditos por aportes impagos al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones incluyen expresamente los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897.

Artículo 2.- Los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de éste se encuentran afectos al pago del íntegro

de los créditos laborales adeudados. Si éstos no alcanzaran el pago se efectuará a prorrata.

El privilegio se extiende a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el Pago directo de tales obligaciones.

Artículo 3.- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones:

a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;

b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorciona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.

Artículo 4.- La preferencia o prioridad también se ejerce cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre la preferencia de pago de las remuneraciones ha emitido diversos pronunciamientos entre los que cabe destacar los contenidos en las Casaciones Nos. 1930-98 JUNÍN del 16 de noviembre de 1998, 936-97 LIMA del 12 de mayo de 1999 y 130-2001 del 17 de abril de 2001, donde se estableció lo siguiente:

- El pago de remuneraciones tiene preferencia sobre las obligaciones del empleador sin distinción alguna, incluidas aquellas garantizadas con hipotecas u otras garantías.

- En el Derecho laboral los beneficios sociales tienen carácter persecutorio e irrenunciable sobre los bienes del empleador así se encuentren en poder de terceras personas, por cuanto los créditos laborales tienen orden de prioridad o de preferencia sobre cualquier otra obligación del empleador siendo perseguibles contra quienes los usufructúen.
- El artículo cuarto del Decreto Legislativo número ochocientos cincuenta y seis establece que la preferencia o prioridad también se ejerce cuando en un proceso judicial el empleador no pone a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales, es decir, basta que la demanda esté entablada para que el juez ejerza esta potestad que la ley le confiere.

Por su parte, el artículo 117.° de la Ley N.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, modificado por la Ley N.° 27102, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de diciembre de 1996 y el 06 de mayo de 1999, respectivamente; establece la prelación de pago de una empresa financiera en liquidación en los términos siguientes:

> **Artículo 117.- MEDIDAS CAUTELARES Y PRELACION EN EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES DE UNA EMPRESA EN LIQUIDACION.**
>
> Los bienes de una empresa en proceso de liquidación no son susceptibles de medida cautelar alguna. Las medidas cautelares decretadas en fecha previa a la respectiva resolución de la Superintendencia serán levantadas por el solo mérito de ésta, bajo responsabilidad de la autoridad ordenante.
>
> Las obligaciones a cargo de una empresa de los sistemas financiero o de seguros en proceso de liquidación serán pagadas en el siguiente orden:
>
> **A. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE CARACTER LABORAL.**
>
> 1. Las remuneraciones; y,

2. Los beneficios sociales, las aportaciones al Sistema Privado de Pensiones y a la Oficina de Normalización Previsional, así como otros créditos laborales de los trabajadores de la empresa liquidada, devengados hasta la fecha en que se declara la disolución, y las pensiones de jubilación a cargo de la misma o el capital necesario para redimirlas o para asegurarlas con la adquisición de pensiones vitalicias. [...].

El Decreto Legislativo N.° 1170, que establece la prelación del pago de las deudas a la seguridad social en salud, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 07 de diciembre de 2013, con *fe de erratas* del 17 de diciembre de 2013, establece lo siguiente:

Artículo 1.- Modifíquese el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 42.- Orden de Preferencia

42.1.- En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente:

[...]

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley; deuda exigible al Seguro Social de Salud - ESSALUD que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

[...]

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud -ESSALUD que no se encuentren

contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos.

[...]

Artículo 2.- Modifíquese el primer párrafo del artículo 6 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 6.- PRELACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS

Las deudas por tributos gozan del privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, las aportaciones impagas al Seguro Social de Salud - ESSALUD, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897; alimentos y; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

8. REDUCCIÓN DE REMUNERACIONES

El empleador tiene la obligación de respetar el monto que corresponde percibir por remuneración al trabajador, no pudiendo reducirlo sin su consentimiento, pues, la reducción de remuneraciones solo es posible por acuerdo entre las partes con arreglo a las normas contenidas en la Ley N.° 9463 del 17 de diciembre de 1941, cuyo texto es el siguiente:

Artículo Único.- La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerden las Leyes Nos. 4916, 6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas.

> En el caso de servidores a comisión, se les computarán las indemnizaciones tomándose el promedio que arroje el período de tiempo comprendido entre los cuarenta y ocho meses anteriores a la reducción.

Debemos precisar que, actualmente, las Leyes Nos. 4916, 6871 y 8439 se encuentran derogadas. Igualmente, deberá interpretarse que cuando la Ley N.° 9463 menciona el término "indemnizaciones", está refiriéndose en realidad a la compensación por tiempo de servicios.

El Tribunal Constitucional al emitir pronunciamiento en el Expediente N.° 0020-2012-PI/TC, del 16 de abril de 2014, en los fundamentos 34 a 48, considera que la reducción unilateral de remuneraciones es posible si se basa una causa objetiva y justificada, sustentando los motivos o razones por los que se procede con tal reducción o invocando la normatividad que la justifique.

Por su parte, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al emitir pronunciamiento en la Casación N.° 3711-2016 LIMA del 23 de setiembre de 2016, en un proceso sobre reducción de remuneraciones, ha establecido el criterio siguiente:

> **1.** Por acuerdo individual, solo es posible la reducción de las remuneraciones, cuando la misma sea expresamente pactada por el trabajador y el empleador, no pudiendo este acuerdo afectar en forma alguna los derechos que se han generado producto de servicios ya prestados.
>
> **2.** Por acuerdo colectivo, solo podrá efectuarse la reducci*ón de* remuneraciones, siempre y cuando sea pactada entre el empleador y la organización sindical mayoritaria, cuando se presente alguna de las causas objetivas previstas en el artículo 46° del Texto *Ú*nico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo requisito que esta medida se adopte para evitar o limitar el cese de personal y se sujete al procedimiento previsto en el artículo 48° de la misma norma legal.
>
> **3.** Toda disminución de remuneraciones no establecida por pacto individual o colectivo constituye un acto de hostilidad previsto el literal b) del artículo 30° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo

N° *728*, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Somos de la opinión, que la reducción de remuneraciones solo es posible de manera consensuada entre el empleador y el trabajador, caso contrario, el empleador incurriría en un acto de hostilidad.

10. LA REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL

10.1. Definición

La Remuneración Mínima Vital podemos definirla como aquella cantidad de dinero que asegura al trabajador y su familia un mínimo nivel de subsistencia.

CAMPOS (2003) define el salario mínimo en los términos siguientes: "[...] es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural" (p. 318).

El Convenio N.° 26 de la OIT, sobre métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928, fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 14033 del 24 de febrero de 1962, registrado el 04 de abril del mismo año.

El citado convenio señala que todo miembro de la OIT que lo ratifique se obliga a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en los que los salarios sean excepcionalmente bajos; precisando que el término industrias comprende las industrias de trasformación y el comercio (inciso 1 del artículo 1.°).

Por su parte, el Convenio N.° 131, sobre fijación de salarios mínimos, 1970, señala que los países miembros de la OIT que ratifiquen este Convenio están obligados a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema (inciso 1 del artículo 1.°).

El mismo convenio establece que los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no pudiendo reducirse y la persona o personas que no lo apliquen estarán sujetas

a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza (inciso 2 del artículo 1.°).

El referido Convenio también considera que para la determinación de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida de lo posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y condiciones nacionales, elementos tales como: las necesidades de los trabajadores y sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo a otros grupos sociales; asimismo, se debería considerar los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo (artículo 3.°).

10.2.Monto de la Remuneración Mínima Vital

De acuerdo con el tercer párrafo del artículo 24.° de la Constitución, "las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores".

Actualmente, la Remuneración Mínima Vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada ha sido establecida por el Decreto Supremo N.° 003-2022-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 03 de abril de 2022, en la suma de S/1 025.00 (mil veinticinco con 00/100 Soles), rigiendo este incremento a partir del 01 de mayo de 2022.

10.3.Casos especiales de remuneración mínima

La Resolución Ministerial N.° 091-92-TR, regula los alcances de la Remuneración Mínima Vital para los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

A continuación, comentaremos brevemente algunos casos especiales de regulación de la Remuneración Mínima Vital.

10.3.1. Trabajadores a jornada parcial

Cuando por la naturaleza del trabajo o convenio el trabajador labore menos de cuatro (04) horas diarias, percibirá el equivalente de la parte proporcional de la Remuneración Mínima Vital establecida, tomándose como base para este

cálculo el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde presta servicios (artículo 3.° de la Resolución Ministerial N.° 091-92-TR).

10.3.2. Comisionistas

Los empleados sujetos a comisión cuyas labores sean exclusivas para un empleador, tienen derecho a la Remuneración Mínima Vital, calculándose sobre la base de las comisiones percibidas al vencimiento de cada mes o de cada período mayor pactado, estando el empleador en la obligación de completar la diferencia, en caso el monto promedio fuese inferior a la Remuneración Mínima Vital (segundo párrafo del artículo 3.° de la Resolución Ministerial N.° 091-92-TR).

10.3.3. Destajeros

Tratándose de trabajadores destajeros (que laboran por unidad de obra o por pieza), siempre y cuando cumplan con la jornada máxima legal normal o contractual, tienen derecho a percibir la Remuneración Mínima Vital, siempre que cumplan con eficiencia y puntualidad normales sus actividades (tercer párrafo del artículo 3.° de la Resolución Ministerial N.° 091-92-TR).

10.3.4. Trabajadores mineros

Los trabajadores empleados y obreros que trabajan en la actividad minera, incluido los que trabajen a través de contratistas y subcontratistas, tienen derecho al ingreso mínimo minero, el cual no será inferior al resultado de aplicar a la Remuneración Mínima Vital una sobretasa del veinticinco (25%) (artículos 1.° y 2.° del Decreto Supremo N.° 030-89-TR y artículos 1.° y 2.° de la Resolución Ministerial N.° 091-92-TR).

10.3.5. Trabajadores periodistas

Los periodistas colegiados con más de cinco (05) años de experiencia profesional, que laboren la jornada legal ordinaria al servicio de empresas de comunicación masiva con más de veinticinco (25) trabajadores, incluidos contratados, eventuales y de servicios, como diarios de circulación nacional, radiodifusoras de ámbito nacional y televisoras del sector privado, no podrá ser menor a tres (03) Remuneraciones Mínimas Vitales (concepto que sustituyó al ingreso mínimo vital) fijados para Lima Metropolitana (artículo 1.° de la Ley N.° 25101).

10.3.6. Trabajadores en horario nocturno

Los trabajadores que laboran en horario nocturno no podrán percibir una remuneración semanal, quincenal o mensual inferior a la remuneración mínima mensual vigente a la fecha de pago con una sobretasa del treinta y cinco por ciento (35%) de esta (artículo 8.° del Decreto Supremo N.° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 854).

10.3.7. Trabajadores agrarios

De acuerdo con la Ley N.° 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario y de Incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador e Industrial, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de diciembre de 2020, los trabajadores agrarios tienen derecho a percibir una remuneración diaria mínima, siempre y cuando laboren más de cuatro (04) horas diarias en promedio.

La Remuneración Básica no puede ser menor a la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, las gratificaciones legales y la compensación por tiempo de servicios equivalen al dieciséis con sesenta y seis por ciento (16.66%) y al nueve con setenta y dos por ciento (9.72%) de la Remuneración Básica, respectivamente.

Para el cálculo de la Remuneración Diaria, se realizará la sumatoria de los conceptos señalados en el párrafo precedente y divididos entre treinta (30). El trabajador agrario está facultado para elegir recibir el pago de la compensación por tiempo de servicios y las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad en los plazos establecidos por la ley, en tal caso, estos beneficios no serían considerados en la Remuneración Diaria.

Además, el trabajador agrario percibe una Bonificación Especial por Trabajo Agrario equivalente al treinta por ciento (30%) de la Remuneración Mínima Vital con carácter no remunerativo, la cual, puede pagarse mensualmente o en proporciones diarias en función al número de días laborados (artículo 3.° de la Ley N.° 31110).

10.3.8. Subvención económica para modalidades formativas laborales

La subvención económica mensual no puede ser inferior a la Remuneración Mínima Vital cuando la persona en formación cumpla la jornada máxima prevista para cada modalidad formativa. Para el caso de jornadas formativas de duración inferior, el pago de la subvención es proporcional (primer párrafo del artículo 45.° de la Ley N.° 28518).

10.3.9. Subvención económica de la pasantía

La subvención aplicable a los estudiantes de educación secundaria es no menor al cinco por ciento (5%) de la Remuneración Mínima Vital. En los demás casos de pasantías, la subvención mensual no puede ser inferior al treinta por ciento (30%) de la Remuneración Mínima Vital.

Solo en el caso de que la pasantía se realice asociada a las necesidades propias de un curso obligatorio requerido por el Centro de Formación Profesional, el pasante no recibirá subvención alguna (literal a del artículo 45.° de la Ley N.° 28518).

10.3.10. Subvención de la actualización para reinserción laboral

Los beneficiarios reciben una subvención no menor a dos (02) Remuneraciones Mínimas (literal b del artículo 45.° de la Ley N.° 28518).

10.3.11. Carácter remunerativo del Impuesto a la Renta pagado por el empleador

Respecto a la naturaleza remunerativa del Impuesto a la Renta, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 16514-2016 LIMA, del 13 de enero de 2017, ha establecido como doctrina jurisprudencial el criterio siguiente:

> El pago por Impuesto a la Renta que es asumido en forma directa por el empleador, en la medida que constituya un mayor ingreso para el trabajador y sea de su libre disposición, constituye una forma de remuneración indirecta al trabajador por la prestación de sus servicios y por lo tanto deberá ser tomada en cuenta para el cálculo de sus beneficios sociales.

Conforme a ello, el Impuesto a la Renta tendrá naturaleza remunerativa y, por lo tanto, servirá de base de cálculo para los beneficios sociales cuando concurran tres supuestos: **a)** que sea el empleador quien asuma directamente su pago, **b)** que ello implique un aumento de los ingresos percibidos por el trabajador y **c)** que sea de su libre disposición.

10.4. Incumplimiento de pago de la remuneración mínima vital

El numeral 25.1 del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 019-2006-TR, considera una infracción grave en materia de relaciones laborales el "no pagar la remuneración mínima correspondiente".

11. LA REMUNERACIÓN EN LOS REGÍMENES ESPECIALES

11.1. Remuneración de trabajadores adolescentes

El artículo 59.° del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N.° 27337, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 07 de agosto de 2000, establece lo siguiente: "El adolescente trabajador no percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría en trabajos similares".

11.2. Remuneración de trabajadores agrarios

Los literales b), c), d), e), f) y g) del artículo 3.° de la Ley N.° 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario y de Incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador e Industrial, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de diciembre de 2020, regula lo siguiente:

b) La jornada laboral ordinaria no debe exceder de 8 (ocho) horas por día o de 48 (cuarenta y ocho) horas por semana. Se puede establecer por ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada inferior a las máximas ordinarias, sin afectar la remuneración diaria.

c) La Remuneración Básica (RB) no puede ser menor a la Remuneración Mínima Vital (RMV); las gratificaciones legales equivalen a 16.66% de la RB y la compensación por tiempo de servicios equivale a 9.72% de la RB.

d) La Remuneración Diaria (RD) equivale a la suma de los conceptos previstos en el párrafo anterior, dividido entre 30 (treinta). De forma facultativa, el trabajador puede elegir recibir los conceptos de CTS y gratificaciones en los plazos que la ley establece, sin que entren a ser prorrateados en la RD.

e) Adicionalmente a la RB, el trabajador percibe una Bonificación Especial por Trabajo Agrario (BETA) del 30% de la RMV con carácter

no remunerativo, no constituyendo remuneración para efecto legal. El BETA puede pagarse mensualmente o en proporciones diarias en función al número de días laborados.

f) El derecho a la RD se genera siempre y cuando se labore más de 4 (cuatro) horas diarias en promedio. Por ningún motivo recibirán una remuneración mensual inferior a la RD dispuesto en la presente ley, y se actualizará según la RMV que se dispone para todos sectores nacionales.

g) El descanso vacacional será la parte proporcional de lo que corresponde a las vacaciones de treinta días por año de servicios, según el tipo de contrato. Las vacaciones truncas se calculan sobre la base de los días trabajados y corresponde a 8.33% de la RB; y se debe pagar al momento del término del vínculo laboral o a la finalización de una temporada o intermitencia.

11.3. Remuneración de los trabajadores artistas

El artículo 18.° de la Ley N.° 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 19 de diciembre de 2003, prevé lo siguiente:

> Artículo 18.- Derecho de Remuneración
>
> 18.1 Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho a percibir una remuneración equitativa por:
>
> a) La utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas o incorporadas en obras audiovisuales grabadas o reproducidas de cualquier forma con fines comerciales mediante tecnología creada o por crearse. Tal remuneración es exigible a quien realice la operación de radiodifundir, comunicar o poner a disposición del público las fijaciones.
>
> La comunicación al público comprende la realizada por cable, hilo o medios inalámbricos así como los realizados por cualquier otra tecnología creada o por crearse
>
> b) El alquiler de sus fijaciones audiovisuales o fonogramas, grabadas o reproducidas en cualquier material y mediante tecnología creada o por

crearse, aun cuando haya transferido o cedido su derecho a autorizar el alquiler.

Tal retribución es exigible a quien lleve a efecto la operación de poner las fijaciones a disposición de público.

c) La transferencia de la creación artística, por única vez, fijada a otro formato distinto para ser utilizada por un medio diferente al originario.

18.2 En los casos establecidos en los incisos a), b) y c) del presente artículo, cuando se trate de fonogramas o videogramas, la retribución, a falta de acuerdo, será compartida en partes iguales con el productor.

Asimismo, la referida Ley en su artículo 32.° establece lo siguiente:

Artículo 32.- Remuneración

32.1 El artista y/o el trabajador técnico vinculado a la actividad artística tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente como retribución por su trabajo.

32.2 La acción para cobrar las remuneraciones y los beneficios sociales, prescribe conforme a las disposiciones sobre la materia dispuesta por el régimen laboral común.

11.4. Remuneración del trabajador porteador

El artículo 6.° de la Ley N.° 27607, Ley del Porteador, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2001, regula lo siguiente:

Artículo 6.- Retribución única

El porteador percibirá como único pago por todo concepto una retribución mínima equivalente al uno punto dos por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria (1.2% de la UIT), por cada día cuya duración del trabajo sea de ocho horas o más. Si es menor, el abono es proporcional.

Por su parte, el artículo 6.° del Reglamento de la Ley N.° 27607, Ley del Porteador, aprobado por el Decreto Supremo N.° 011-2005-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de octubre de 2005, establece lo siguiente:

Artículo 6.- Retribución única

La retribución única se percibirá por cada día cuya duración del trabajo sea ocho (8) horas o más, refiriéndose este exceso únicamente al tiempo dedicado a las actividades a las que se refieren los numerales 1) y 4) del artículo 5 de la Ley. Si la duración del trabajo fuera mayor a los límites establecidos en la Ley y el Reglamento, el trabajador porteador será retribuido de forma proporcional al tiempo trabajado.

El monto íntegro de la retribución única será abonado al trabajador porteador, como máximo, el día en que finaliza el trayecto. La retribución única se otorgará sin ningún tipo de descuento, salvo aquellos de naturaleza tributaria.

En caso que la duración del trabajo sea inferior a ocho (8) horas diarias, la retribución única será abonada en forma proporcional al tiempo trabajado.

11.5. Remuneración de los trabajadores de empresas comunales

El artículo 110.° del Decreto Supremo N.° 004-92-TR, Reglamento del Título VII - Régimen Económico de la Ley General de Comunidades Campesinas, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de febrero de 1992, prevé lo siguiente:

> **Artículo 110.-** El trabajo eventual da lugar a retribución, cuyo monto, forma y oportunidad de pago, será establecida por cada Empresa, teniendo en cuenta la naturaleza e intensidad del trabajo, la dimensión económica de la Empresa y las remuneraciones vigentes en la localidad.

11.6. Remuneración de los trabajadores de empresas constructoras de inversión limitada

El artículo 14.° del Decreto Legislativo N.° 727, Ley de Fomento a la Inversión Privada en la Construcción, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de noviembre de 1991, regula lo siguiente:

> **Artículo 14.-** Los trabajadores que sean contratados por las empresas a que se refiere este Título, para la ejecución de obras civiles, regirán sus contratos y remuneraciones mediante acuerdo individual o colectivo

con sus empleadores conforme a la legislación laboral común. Los contratos se celebrarán por obra o servicio y las remuneraciones se podrán fijar libremente, por jornal, destajo, rendimiento, tarea u otra modalidad.

11.7. Remuneración de los trabajadores del hogar

El artículo 6.° de la Ley N.° 31047, Ley de las Trabajadores y Trabajadores del Hogar, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de octubre de 2020, legisla lo siguiente:

> **Artículo 6. Remuneración y condiciones de trabajo**
> El monto de la remuneración de la persona trabajadora del hogar será establecido por acuerdo libre de las partes, pero no podrá ser inferior a la remuneración mínima vital (RMV) por jornada completa de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.
> La persona trabajadora del hogar que labore, por horas o fracción de estas, recibirá una remuneración proporcional. El pago por estas labores tendrá como unidad dineraria mínima la remuneración mínima vital. [...].

Asimismo, en sus artículos 8.°, 9.° y 11.° la referida Ley establece lo siguiente:

> **Artículo 8. Pago de la remuneración**
> La remuneración puede pagarse en forma semanal, quincenal o mensual, de acuerdo a lo establecido por ambas partes. El pago por transferencia bancaria requiere el consentimiento de la persona trabajadora del hogar.
> El empleador está obligado a extender una boleta de pago que es firmada por ambas partes en dos ejemplares, las cuales se entregan al trabajador o trabajadora y a la parte empleadora. Esta boleta sirve como prueba del cumplimiento de la remuneración y debe contener los aportes y descuentos que se apliquen.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo aprueba, publica y difunde un formato referencial de boleta de pago con la información mínima que debe contener.

11.8. Remuneración de los trabajadores de la industria pesquera

Los artículos 2.° y 3.° de la Ley N.° 27979, Ley que estable un Régimen Remunerativo Semanal de carácter cancelatorio para los trabajadores de la Industria Pesquera del Consumo Humano Directo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de mayo de 2003, legislan lo siguiente:

> **Artículo 2.- Modalidades de pago**
> Los derechos laborales se calculan o abonan por jornada, destajo o a comisión.
> Las remuneraciones, vacaciones y compensación por tiempo de servicio, se efectúan semanalmente y son de carácter cancelatorio. El reglamento de la presente Ley, aprobará el formato de uso semanal para la liquidación y pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales.
> **Artículo 3.- Jornal mínimo**
> El jornal mínimo por laborar cuatro o más horas al día no será menor a un treintavo de la remuneración mínima vital mensual.
> El reglamento de la presente Ley, establecerá las Tablas de Unidades de trabajo a destajo o a comisión para llegar a la remuneración diaria, en base al rendimiento promedio en el procesamiento de las diversas clases de productos.

Por su parte, el artículo 5.° de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 015-2016-TR, prevé lo siguiente:

> **Artículo 5.- Remuneración de los trabajadores comisionistas y destajeros**
> La remuneración de los trabajadores comisionistas y destajeros se calcula en base al rendimiento promedio en el procesamiento de las diversas clases de productos, conforme a la Tabla de unidades de trabajo a destajo o a comisión aprobadas en la Segunda Disposición

Complementaria Final. Dicha tabla contiene los criterios mínimos a ser observados obligatoriamente para este propósito.

Si el volumen de producción alcanzado por el trabajador es igual o mayor al rendimiento promedio, el monto de la remuneración diaria no podrá ser inferior al jornal mínimo previsto en el primer párrafo del artículo 3 de la Ley.

El rendimiento promedio y su respectivo pago, contenido en la Tabla de unidades de trabajo a destajo o a comisión, se establecen por acuerdo de partes o mediante negociación colectiva, sujetándose a parámetros de razonabilidad.

Los pagos por comisión o destajo pueden tener un carácter principal o complementario respecto de otros esquemas de pago.

11.9. Remuneración de los periodistas profesionales

El artículo 5.° del Decreto Supremo N.° 001-88-TR, que dicta normas reglamentarias para la aplicación de la Ley 24724 que establece la nueva jornada ordinaria de trabajo para los periodistas, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de enero de 1988, regula lo siguiente:

> **Artículo 5.-** La remuneración mensual de los corresponsales permanentes de las empresas periodísticas del país, será equivalente a la de un redactor, o en su defecto, a la que corresponda a la de un redactor de la sección provincias del medio informativo al cual prestan servicios. En ningún caso la remuneración de estos corresponsales podrá ser inferior al Ingreso Mínimo Legal.

Por su parte, el artículo 1.° de la Ley N.° 25101, Ley que establece que el sueldo mínimo del periodista profesional colegiado que ejerce sus actividades en empresas de comunicación masiva, no podrá ser menor de tres ingresos mínimos legales, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de octubre de 1989, establecen lo siguiente:

> **Artículo 1.-** El sueldo mínimo del periodista profesional colegiado que ejerce sus actividades en empresas de comunicación masiva, de más de 25 trabajadores en total, incluidos los contratados, eventuales

y de servicios, como diarios de circulación nacional, radiodifusoras de ámbito nacional y televisoras del sector privado, no podrá ser menor de tres ingresos mínimos legales o su equivalencia remunerativa, fijados para Lima Metropolitana.

Los artículos 1.° y 2.° del Decreto Supremo N.° 050-90-TR, que efectúa precisiones en cuanto a la remuneración que debe percibir el periodista profesional colegiado, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 26 de julio de 1990, señala lo siguiente:

Artículo 1.- El sueldo mínimo del periodista profesional colegiado a que se refiere la Ley N° 25101, no podrá ser en ningún caso inferior a tres ingresos mínimos legales vigentes, fijados a nivel nacional, o la equivalencia remunerativa que se pueda establecer en su reemplazo, considerándose como parte del mismo el sueldo básico, bonificaciones y cualquier otro abono permanente o fijo que en dinero o en especie perciba el trabajador por cuenta del empleador por labor realizada durante la jornada ordinaria prevista en el Artículo 1 de la Ley N° 24724.

Quedan excluidos de conformar el sueldo mínimo en referencia el refrigerio, pagos por movilidad y toda cantidad que no sea de libre disposición del trabajador.

Artículo 2.- Tiene derecho a la percepción del sueldo mínimo que establece la Ley N° 25201 los periodistas profesionales colegiados que presten servicios en empresas de comunicación masiva de más de 25 trabajadores en total, incluidos los contratados, eventuales y de servicios que se señalan en su Artículo, así como los que ejercen sus actividades en diarios y radiodifusoras de ámbito local o regional, siempre que cuenten con el número de trabajadores antes mencionado.

11.10. Remuneración de los trabajadores pescadores

Los artículos 25.° y 26.° del Decreto Supremo N.° 009-75-TR, que regula el Contrato de Trabajo de los Pescadores de Consumo Humano Directo en sus

Modalidades Fundamentales, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de noviembre de 1975, legislan lo siguiente:

> **Artículo 25.-** La remuneración que percibirán los pescadores comprenderá:
> 1) Una participación por producción que, según el tipo de pesca a que esté destinada la respectiva embarcación, se pagará según los sistemas en uso, en las siguientes formas:
> a) Por unidad de peso, según la especie;
> b) Y/o por unidad de pesca, según la especie y/o el tamaño;
> c) Y/o por porcentaje sobre el precio de venta del producto;
> d) Por la cantidad del pescado que llega al puerto;
> 2) Una bonificación por especialización, a quienes ejecuten trabajos especializados.
> **Artículo 26°.-** El monto de la participación por pesca, el sistema y la forma de dicha participación se fijarán por convenio de partes, distribuyéndose entre los integrantes de la respectiva dotación, según pautas legales y convencionales vigentes.

11.11. Remuneración del trabajador portuario

El artículo 24.° del Decreto Supremo N.° 013-2004-TR, Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Trabajo Portuario, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de octubre de 2004, establece la forma de pago de la remuneración y los beneficios de los trabajadores portuarios en los términos siguientes:

> **Artículo 24.- Forma de Pago de la Remuneración y Beneficios Sociales de los Trabajadores Portuarios**
> De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley, el abono de la remuneración y beneficios sociales se efectuarán semanalmente y en forma cancelatoria de acuerdo a los siguientes porcentajes:
> - 16.67% de la remuneración diaria por Descanso Semanal Obligatorio.
> - 16.67% de la remuneración diaria por Gratificaciones Legales.

- 8.33% de la remuneración diaria por CTS.
- 8.33% de la remuneración diaria por Vacaciones.
- La parte proporcional de la Asignación Familiar de acuerdo a ley.

La remuneración y los Beneficios Sociales legales anteriormente descritos se calculan y cancelan sólo por el tiempo efectivamente laborado.

11.12. Remuneración de los docentes universitarios

El artículo 96.° de la Ley N.° 30220, Ley Universitaria, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de julio de 2014, regula lo siguiente:

> **Artículo 96. Remuneraciones**
>
> Las remuneraciones de los docentes de la universidad pública se establecen por categoría y su financiamiento proviene de las transferencias corrientes del tesoro público.
>
> La universidad pública puede pagar a los docentes una asignación adicional por productividad, de acuerdo a sus posibilidades económicas.
>
> Las remuneraciones de los docentes de las universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales.
>
> Los docentes tienen derecho a percibir, además de sus sueldos básicos, las remuneraciones complementarias establecidas por ley cualquiera sea su denominación. La del docente no puede ser inferior a la del Juez de Primera Instancia.
>
> Los docentes de las universidades privadas se rigen por lo establecido en la presente Ley y en el Estatuto de su universidad.

11.13. Remuneración de los obreros de construcción civil

Por Resolución Ministerial N.° 183-2021-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" 2 de octubre de 2021 se dispuso publicar el documento denominado "Convención Colectiva de Trabajo - Acta Final de Negociación Colectiva en Construcción Civil 2021 - 2022", entre la CAPECO y la FTCCP en la cual en su punto primero se acuerda lo siguiente:

I.- INCREMENTO DE REMUNERACIONES:

Primera: Las partes acuerdan que, a partir del 1° de junio del 2021 los trabajadores en construcción civil a nivel nacional, recibirán un aumento general sobre su Jornal básico, de acuerdo con las siguientes categorías:

OPERARIO	S/	2.50 soles
OFICIAL	S/	1.90 soles
PEÓN	S/	1.70 soles.

11.14. Remuneración de los trabajadores de la micro y pequeña empresa

El artículo 52.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de diciembre de 2013, establece lo siguiente:

> **Artículo 52.- Remuneración**
> Los trabajadores de la microempresa comprendidos en la presente Ley tienen derecho a percibir por lo menos la Remuneración Mínima Vital. Con acuerdo del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo podrá establecerse, mediante Decreto Supremo, una remuneración mensual menor.

12. PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN REMUNERATIVA ENTRE VARONES Y MUJERES

El numeral 2) del artículo 2.° de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de toda persona a no ser discriminado, entre otras razones, por causa de su sexo; asimismo, el numeral 1.° del artículo 26.° de nuestra Carta Magna señala que en toda relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

El Convenio N.° 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración, 1951, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13284, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 1959, el cual forma parte del derecho nacional, también proscribe toda discriminación remunerativa basada en el sexo.

Actualmente, se encuentra vigente la Ley N.° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de diciembre de 2017, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1. Objeto de la Ley

Prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo.

La presente ley está en concordancia con el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como del lineamiento de idéntico ingreso por trabajo de igual valor indicado en la Ley 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Artículo 2. Cuadros de categorías

Las empresas que cuenten con cuadros de categorías y funciones mantienen dichos cuadros, siempre que guarden correspondencia con el objeto de la presente ley.

Las empresas que no tengan cuadros de categorías y funciones, los elaboran dentro de los ciento ochenta (180) días de entrada en vigor de la presente ley.

Artículo 3. Remuneración de categorías sin discriminación

Las remuneraciones que corresponden a cada categoría las fija el empleador sin discriminación.

Artículo 4. Capacitación laboral

La entidad empleadora asegura que en sus planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades laborales de sus trabajadores se garantice la igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 5. Condiciones de trabajo en el ámbito público y privado

La entidad empleadora garantiza un trato digno, un clima laboral con base en el respeto y la no discriminación, la compatibilidad de vida personal, familiar y laboral. Se garantiza particularmente la prevención y sanción del hostigamiento sexual, para estos casos se aplica las

medidas establecidas en la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.

Artículo 6. Prohibición de despido y no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición del embarazo o el período de lactancia

Queda prohibido que la entidad empleadora despida o no renueve el contrato de trabajo por motivos vinculados con la condición de que las trabajadoras se encuentren embarazadas o en período de lactancia en el marco de lo previsto en el Convenio OIT 183 sobre protección de la maternidad.

Por su parte, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 020-2018-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de marzo de 2018, en sus artículos 5.° a 7.° establece lo siguiente:

Artículo 5.- Prohibición de discriminación

5.1. Todo empleador tiene la facultad de establecer sus políticas remunerativas, fijar los requisitos para la percepción de la remuneración o beneficios de cualquier otra índole y determinar sus montos, sin incurrir en discriminación directa o indirecta por motivo de sexo.

5.2. En caso se alegue discriminación directa o indirecta en las remuneraciones por motivo de sexo, el empleador debe acreditar que los puestos de trabajo implicados no son iguales y/o no tienen el mismo valor. Cuando se alegue que los puestos de trabajo no son iguales se pueden considerar los perfiles de los trabajadores implicados.

5.3. Las remuneraciones y beneficios de cualquier otra índole que se soliciten y fijen dentro del procedimiento de negociación colectiva deben respetar los criterios establecidos en la presente norma y no pueden incurrir en prácticas de discriminación directa o indirecta por motivo de sexo.

Artículo 6.- Justificación de diferencias salariales

6.1. Por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de

oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros.

6.2. Existe escasez de oferta de mano de obra calificada cuando objetivamente se demuestre que las calificaciones requeridas por un puesto de trabajo son escasas en el mercado.

6.3. Las diferencias de los ingresos totales generadas por la realización de trabajo en jornada reducida, en jornadas atípicas o a tiempo parcial no se consideran contrarias a lo previsto en la Ley o en el presente Reglamento.

Artículo 7.- Situaciones excepcionales

El empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo.

Bibliografía

- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7ª. Edición. Bogotá: Temis.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Igualdad de Remuneración: Documento de la Oficina Internacional del Trabajo.
- LÓPEZ FAJARDO, Alberto. (2014). Elementos de Derecho del Trabajo, 5ª. Edición actualizada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

CAPÍTULO XIV
LA ASIGNACIÓN FAMILIAR

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Naturaleza jurídica. 4. Trabajadores con derecho. 5. Casos especiales de percepción. 6. Requisitos para su percepción. 7. Monto. 8. Asignaciones familiares distintas a las de la ley. 9. Oportunidad de pago.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, durante el pasado siglo y hasta fines de la década de los ochenta, el goce de una asignación familiar era un derecho otorgado por la ley a los empleados públicos (artículo 9.° del Decreto Ley N.° 22404 y el artículo 52.° del Decreto Legislativo N.° 276); los trabajadores sujetos al régimen laboral privado solo gozaban de este derecho cuando lo habían conseguido a través de convenios colectivos.

Si bien la Constitución de 1979, en el último párrafo de su artículo 43.°, estableció que la ley organizaría un sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores de familia numerosa, sin discriminar entre trabajadores del régimen público o privado, el pago de asignación familiar a favor de estos últimos recién se convirtió en obligatorio con la promulgación de la Ley N.° 25129, del 04 de diciembre de 1989, reglamentada por el Decreto Supremo N.° 035-90-TR, del 06 de junio de 1990.

La Constitución de 1993 no considera en su texto el goce de asignaciones familiares como un derecho de los trabajadores.

En las siguientes líneas, estudiaremos la asignación familiar teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley N.° 25129 y su Reglamento,

aprobado por el Decreto Supremo N.° 035-90-TR, así como, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2. DEFINICIÓN

La asignación familiar puede definirse como una suma de dinero que percibe periódicamente el trabajador que tiene cargas familiares, como una contribución a los gastos que se originan en la manutención de los familiares que dependan de él.

En cuanto a la responsabilidad patronal por el pago de la asignación familiar tampoco existe unanimidad en cuanto a considerar que esto deba ser así; sino que, por el contrario, se considera que la misma debería ser una responsabilidad de los sistemas de seguridad social.

En el Perú, nuestra legislación ha optado por establecer que el pago de la asignación familiar es una obligación del empleador.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de la naturaleza jurídica de la asignación familiar, la doctrina mayoritariamente opina que no constituye remuneración, pues, no remunera el trabajo efectuado por el trabajador, sino que este la percibe por el solo hecho de tener hijos a su cargo.

En el Perú, por el contrario, el Reglamento de la Ley N.° 25129 precisa que la asignación familiar tiene carácter y naturaleza remunerativa (artículo 3.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR); esto significa que constituye un ingreso de libre disponibilidad del trabajador y es base cálculo para distintos derechos laborales, tales como gratificaciones, vacaciones, compensación por tiempo de servicios, etc.

4. TRABAJADORES CON DERECHO

Tienen derecho a percibir el pago por asignación familiar los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cuyas remuneraciones no se regulen por negociación colectiva, cualquiera fuera su fecha de ingreso (artículo 1.° de la Ley N.° 25129 y el artículo 2.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

También alcanza este beneficio a los trabajadores de las empresas públicas y organismos estatales con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada, así como, a los trabajadores que prestan servicios mediante contratos

sujetos a modalidad, siempre que, como se ha indicado anteriormente, sus remuneraciones no se regulen por negociación colectiva.

En el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la medianas y pequeñas empresas (MYPES), el Decreto Supremo N.° 013-2013-PRODUCE, Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y Crecimiento Empresarial, no ha reconocido expresamente como un derecho de los trabajadores sujetos a esta normatividad el pago de la asignación familiar.

Respecto al derecho a percibir el pago por asignación familiar, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 2630-2009 HUAURA, del 10 de marzo de 2010, ha sostenido lo siguiente:

> "**SÉTIMO:** Que, en tal sentido, en el presente caso resulta necesario interpretar el artículo 1 de la Ley N.° 25129, bajo los alcances de los principios y derechos constitucionales pertinentes al caso relativos a la igualdad ante la ley, al trabajo, a una remuneración justa y equitativa, de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, a la libertad sindical y a la negociación colectiva, previstos en los artículos 2 inciso 2; 22; 24; 26 inciso 2; y 28 de la Constitución Política del Estado, respectivamente.
> **OCTAVO:** Que, una interpretación acorde con el principio de igualdad implica que el derecho de Asignación Familiar corresponde a todos los trabajadores del régimen privado, independientemente de si regulan sus remuneraciones por negociación colectiva, siempre que acrediten tener a su cargo uno o más hijos menores de dieciocho años, salvo se encuentre efectuando estudios superiores o universitarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N.° 25129, ya que no se explica cómo es que ante un mismo supuesto de hecho, trabajadores del régimen privado que soportan una carga familiar, la ley establezca beneficios exclusivamente solo para un grupo de ellos, sin que exista una causa razonable que justifique dicha diferencia de trato. Siendo así, debe concluirse en reconocer el derecho de Asignación Familiar como un mínimo necesario legal de carácter imperativo, en tanto es otorgado por fuente legal para todos los trabajadores del régimen laboral privado con carga familiar, y que por tanto su no percepción y/o desconocimiento unilateral en perjuicio del trabajador

afecta el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral previsto en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución.

NOVENO: Que, por consiguiente, tal como ha sido precisado en el voto singular recaído en la sentencia de vista, cuando una norma de carácter laboral otorga o reconoce derechos laborales a quienes no se encuentren constituidos en sindicatos o formando parte de estos, los derechos ahí reconocidos no pueden desconocerse por parte del empleador, pues nos encontramos ante una norma de carácter imperativo y que en caso que se constituya un sindicato o se forme parte de él, no implica que el derecho reconocido por ley al trabajador se pierda, sino que por el contrario que el convenio lo mantenga o mejore, lo cual guarda congruencia con lo previsto en el artículo 3 de la Ley N.° 25129 en cuanto dispone que: en caso de que el trabajador perciba beneficio igual o superior por el concepto de Asignación Familiar, se optará por el que le otorgue mayor beneficio en efectivo. De esta manera, en el supuesto que el convenio colectivo no contemple este derecho ello no significa que el derecho de Asignación Familiar se pierda, sino que será de aplicación el beneficio de Asignación Familiar otorgado de manera general por la Ley N.° 25129, tal como ha venido siendo aplicado por la empresa demandada en el presente caso, en el que no obstante regularse las remuneraciones de los demandantes por negociación colectiva se les siguió reconociendo y pagando el beneficio de Asignación Familiar hasta que de manera unilateral dejaron de hacerlo.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, por tanto, la interpretación correcta del artículo 1 de la Ley N.° 25129, acorde con los derechos y principios constitucionales antes desarrollados, es que la restricción establecida en la misma respecto a los trabajadores de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva, es que estos no perciban un doble beneficio por este derecho de Asignación Familiar otorgado de forma general e imperativa a favor de los trabajadores del sector privado, se encuentren o no sindicalizados, como consecuencia del que perciban a raíz del convenio colectivo o del previsto por la ley (derecho mínimo), caso en el cual los trabajadores percibirán el que le otorgue mayor beneficio en efectivo. En caso que el convenio colectivo

no contemple pago alguno por concepto de Asignación Familiar, los trabajadores sindicalizados deberán percibir la Asignación Familiar en el monto y porcentaje establecido por la Ley N.° 25129 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N.° 035-90-TR; siendo este el criterio interpretativo que a partir de la fecha asume este Colegiado con relación al pago de la Asignación Familiar previsto en la Ley N.° 25129.

DÉCIMO TERCERO: Que, de esta manera, con la interpretación conforme con la Constitución del artículo 1 de la Ley N.° 25129, se descarta la interpretación apegada al texto de la ley propuesta por la empresa demandada, en el sentido que este beneficio solo corresponde a un sector de trabajadores, esto es, aquellos que no perciben sus remuneraciones por negociación colectiva, tal como lo propone en su recurso, cuando señala que: la correcta interpretación de la norma denunciada, es que, solo exista una negociación colectiva, para que los trabajadores estén excluidos de percibir la Asignación Familiar, no siendo necesario que se regule la Asignación Familiar en ella.

DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto a la segunda causal casatoria, referida a la inaplicación del artículo 2 del Reglamento de la Ley N.° 25129, aprobado por Decreto Supremo N.° 035-90-TR, que señala que: Se encuentran comprendidos en los alcances del beneficio a que se contrae la Ley N.° 25129, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada cuyas remuneraciones no se regulen por negociación colectiva, cualquiera fuera su fecha de ingreso; debe estarse a lo desarrollado en la causal precedente respecto al ámbito subjetivo que comprende la Ley N.° 25129, de la cual el artículo invocado es mero reflejo, deviniendo en improcedente la causal propuesta."

5. CASOS ESPECIALES DE PERCEPCIÓN

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, en que la asignación familiar solo puede ser abonada a uno de los cónyuges cuando ambos trabajan, nuestra legislación admite la posibilidad que, si la madre y el padre laboran para la misma empresa, ambos trabajadores tengan derecho a percibir la asignación familiar (artículo 7.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

Igualmente, nuestra normatividad admite que, si el trabajador labora para más de un empleador, tenga derecho a percibir la asignación familiar por cada empleador (artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

6. REQUISITOS PARA SU PERCEPCIÓN

Para que un trabajador tenga derecho a percibir la Asignación Familiar debe cumplir con los requisitos siguientes:

a) **Tener relación laboral vigente:** el primer requisito para acceder a este derecho es tener vínculo laboral vigente (artículo 5.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

Para efectos de percibir la asignación familiar resulta irrelevante si el trabajador se encuentra vinculado por un contrato de trabajo a plazo indeterminado o sujeto a modalidad, tampoco importa su antigüedad en el cargo o cumplir con una jornada mínima de labores, basta con que la relación laboral se encuentre vigente.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 4802-2012 LA LIBERTAD, del 21 de enero de 2013, ha sostenido que los artículos 5.° y 11.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR, no pueden interpretarse de una manera restrictiva, limitando el derecho a reclamar el pago de la asignación familiar solo durante la vigencia del vínculo laboral, pues, esta interpretación no resulta compatible con el ordenamiento constitucional ni con la interpretación conforme con los tratados internacionales.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República podemos afirmar que el pago de la asignación familiar puede ser reclamado, inclusive, después de concluida la relación laboral, dentro del plazo prescriptorio.

b) **Tener hijos menores de edad a su cargo:** el trabajador para gozar de la asignación familiar debe tener a su cargo uno o más hijos menores de 18 años; sin embargo, la ley contempla la posibilidad que pueda continuar percibiendo la mencionada asignación, aun cuando el hijo haya cumplido la mayoría de edad, si este se encuentra cursando estudios superiores o universitarios. Este beneficio se extenderá hasta la conclusión de dichos estudios, con un tope máximo de seis (06) años

posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad (artículo 2.° de la Ley N.° 25129 y el artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 512-2015 LA LIBERTAD, del 24 de agosto de 2016, ha establecido que: "El beneficio social de asignación familiar sólo se sustenta en el hecho que, durante la vigencia de la relación laboral, los trabajadores tengan a su cargo un hijo o hijos menores de edad o que, siendo mayores, estos se encuentren cursando estudios superiores hasta los veinticuatro años de edad".

c) **Acreditar la existencia de los hijos a su cargo:** no basta que el trabajador declare tener hijos menores de edad o que se encuentren cursando estudios superiores o universitarios, sino que, para efectos de percibir el pago de la asignación familiar, el trabajador se encuentra obligado a acreditar la existencia del hijo o hijos que tuviere (artículo 11.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 14443-2015 JUNIN, del 21 de junio de 2017, ha sostenido que:

"No resulta exigible para la percepción de la asignación familiar, la comunicación sobre la existencia de hijos a su cargo al empleador, pues, ello no se desprende de la Ley N.° 25129 y el Decreto Supremo N.° 035-90-TR, además que considerar dicho supuesto, sería vulnerar lo previsto en el artículo 24 e inciso 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú".

7. MONTO

El monto de la asignación familiar es el equivalente al diez por ciento (10%) de la Remuneración Mínima Vital (concepto que sustituyó al ingreso mínimo legal a que hacía referencia originalmente la ley) y se calcula aplicando el porcentaje en mención sobre la Remuneración Mínima Vital vigente en la oportunidad que corresponda percibir el referido beneficio por el servidor (artículo 1.° de la Ley N.° 25129 y el artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

Es de precisar, que el monto que se abona por concepto de asignación familiar es único, sin importar el número de hijos que tenga a su cargo el trabajador.

Creemos que más justo hubiese sido que el servidor percibiese el pago de asignación familiar por cada hijo menor de edad a su cargo.

La Ley N.° 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario y de incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador y Agroindustrial, ha reconocido expresamente el derecho de los trabajadores sujetos a ese régimen especial al pago de una asignación familiar proporcional a los días trabajados cuando corresponda de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N.° 25129 (literal m del artículo 3.°)

8. ASIGNACIONES FAMILIARES DISTINTAS A LAS DE LA LEY

En aplicación de la regla de la condición más beneficiosa, la Ley ha establecido que en caso que el trabajador perciba un beneficio igual o superior al que ella concede por concepto de asignación familiar, debe optar por el que le otorgue mayor beneficio en efectivo (artículo 3.° de la Ley N.° 25129).

Cabe recordar, que el Reglamento de la Ley N.° 25129 estableció que si al momento de entrada en vigencia de la mencionada Ley, el trabajador venía percibiendo la asignación por cónyuge, separadamente a la del hijo, debía subsistir el derecho a percibir aquella, independientemente del monto que fuera; y en cuanto a la asignación por hijo, el servidor debía optar por la que otorgase mayor beneficio cualquiera que fuera el origen de esta (artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

9. OPORTUNIDAD DE PAGO

La asignación familiar será abonada por el empleador bajo la misma modalidad con que viene efectuando el pago de las remuneraciones a sus trabajadores (artículo 10.° del Decreto Supremo N.° 035-90-TR).

El no pago oportuno de la asignación familiar faculta al trabajador a exigir el pago de intereses legales conforme a lo regulado por el Decreto Ley N.° 25920.

CAPÍTULO XV
LAS GRATIFICACIONES

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Naturaleza jurídica. 4. Clases. 5. Trabajadores con derecho. 6. Monto de la gratificación. 7. Remuneración regular. 8. Caso de trabajadores con remuneraciones imprecisas. 9. Oportunidad de pago. 10. Requisitos para su recepción. 11. Gratificaciones truncas. 12. Incompatibilidades. 13. Prescripción de las gratificaciones.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, las gratificaciones legales se encuentran reguladas por la Ley N.° 27735, del 27 de mayo de 2002, reglamentada por el Decreto Supremo N.° 005-2002-TR, del 03 de julio del mismo año, el mismo que fue modificado por el Decreto Supremo N.° 017-2002-TR, del 04 de diciembre de 2002.

2. DEFINICIÓN

En la Doctrina nacional encontramos algunas definiciones de gratificación que, por su calidad, pasamos a citar.

Para GÓMEZ (1966) las gratificaciones: "constituyen, como su nombre lo indica, retribuciones graciosas, diferidas en el tiempo, periódicas o fijas, y tienen por objeto gratificar el trabajo efectuado como muestra transparente de la prosperidad de la empresa, ya que para lograr tal fin, el trabajador ha debido contribuir con su trabajo de manera directa o indirecta" (p.401).

Por su parte, RENDÓN (2000), al referirse al concepto de gratificación, nos dice: "originariamente se designó con esta expresión a las cantidades otorgadas por el empleador como liberalidades para recompensar al trabajador por su buen

comportamiento, lealtad o dedicación. Pero, esta significación ha dejado de tener vigencia, en gran parte" (p. 315).

Históricamente, las gratificaciones nacieron como un acto de liberalidad del patrono quien las otorgaba al trabajador como un premio a su rendimiento laboral, coincidiendo, por lo general, este pago con determinadas fechas o situaciones excepcionales, pero, con el transcurso del tiempo las gratificaciones han ido perdiendo ese carácter gracioso para convertirse en obligatorias, sea porque así se ha pactado o porque la ley ordena su abono.

Actualmente, el concepto tradicional de gratificaciones solo resulta aplicable a aquellas que son otorgadas voluntariamente por el empleador.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Tradicionalmente, las gratificaciones surgieron como pagos que en determinadas fechas o situaciones excepcionales otorgaba el empleador, con carácter de liberalidad y en forma extraordinaria, a sus trabajadores para premiar su dedicación, rendimiento laboral o colaboración con la empresa.

En la actualidad, el carácter gracioso de las gratificaciones ha quedado limitado solo a aquellos casos en que su otorgamiento se origina en la voluntad unilateral del empleador, pues, su concesión obedece, generalmente, a un mandato legal o a un convenio colectivo, constituyendo una obligación patronal que se devenga regularmente en determinadas fechas del año. Es por este motivo que podemos afirmar que las gratificaciones tienen naturaleza salarial.

4. CLASES

Las gratificaciones pueden clasificarse siguiendo dos criterios: por la fuente que las origina o por su periodicidad de pago.

a) **Por la fuente que las origina**: Las gratificaciones pueden ser voluntarias, convencionales o legales.

   Gratificaciones voluntarias, son aquellas originadas en la decisión unilateral del empleador, quien las otorga sin estar obligado a ello, en determinada época del año o en ciertas circunstancias significativas para el trabajador o el centro de trabajo.

Esta clase de gratificaciones no pueden ser exigidas por el trabajador; sin embargo, un antiguo criterio jurisprudencial, aún aplicado por los magistrados laborales y reconocido por la Doctrina Nacional, ha determinado que, si son otorgadas por dos años consecutivos, su abono se convierte en obligatorio para el empleador.

Gratificaciones convencionales, son aquellas que nacen del acuerdo individual entre trabajador y empleador o de un convenio colectivo entre la organización sindical y el empleador, quienes pactan el monto y la oportunidad en que deban ser percibidas.

Por derivarse de un acuerdo de partes, estas gratificaciones tienen carácter obligatorio.

Gratificaciones legales, son aquellas cuyo origen radica en una norma legal expedida por el Estado, por lo que, siendo la fuente de estas gratificaciones una norma jurídica, su pago resulta obligatorio y el incumplimiento del mismo acarrea sanciones para el empleador.

b) **Por su periodicidad de pago:** Las gratificaciones pueden ser extraordinarias u ordinarias.

Gratificaciones extraordinarias, son aquellas percibidas con carácter esporádico o que se abonan por única vez.

Según el inciso a) del artículo 19.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N.° 001-97-TR, las gratificaciones extraordinarias no son computables para efectos de determinar la remuneración compensable.

Respecto de este tipo de gratificaciones, la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 2049-2009 LIMA, del 13 de enero de 2010, ha señalado que las gratificaciones extraordinarias son compensables con adeudos por compensación por tiempo de servicios.

Gratificaciones ordinarias, son aquellas que se perciben de una manera permanente, tanto en su monto como en la oportunidad de pago. Estas gratificaciones, por lo general, tienen como fuente de origen la ley o el convenio colectivo; sin embargo, nada obsta para que puedan originarse en una decisión unilateral del empleador.

5. TRABAJADORES CON DERECHO

Tratándose de las gratificaciones voluntarias y convencionales, tendrán derecho a las mismas los trabajadores que determine el patrono o que hayan suscrito un acuerdo con su empleador para percibirlas o que estén comprendidos dentro de los alcances del respectivo convenio colectivo.

En el caso de las gratificaciones legales, tienen derecho a percibir dos (02) gratificaciones en el año, una con motivo de Fiestas Patrias y la otra con ocasión de la Navidad, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo y el tiempo de servicios que vinieren prestando (artículo 1.° de la Ley N.° 27735).

Lo indicado anteriormente significa que este beneficio alcanza a los trabajadores con un contrato a plazo indeterminado, aquellos vinculados por cualquiera de las modalidades contractuales previstas en el Título II del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y su Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR e, incluso, a los trabajadores a tiempo parcial; siempre que laboren para un empleador particular, para empresas públicas o que prestan servicios en organismos públicos cuyo personal se encuentre sujeto al régimen de la actividad privada.

Igualmente, por mandato expreso del artículo 1.° del Reglamento, tienen derecho a percibir las gratificaciones legales previstas por la Ley N.° 27735, los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores, Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo y Cooperativas de Trabajo Temporal.

La Ley N.° 31110, Ley del Régimen Laboral Agrario y de incentivos para el Sector Agrario y Riego, Agroexportador y Agroindustrial, ha reconocido expresamente el derecho de los trabajadores sujetos a ese régimen especial al pago de las gratificaciones legales equivalentes al 16.66% de la remuneración básica (literal c del artículo 3.° de la Ley N.° 31110).

Tratándose de micro y pequeñas empresas (MYPES), el Decreto Supremo N.° 013-2013-PRODUCE, Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y Crecimiento Empresarial, ha establecido que los trabajadores de las micro empresas no tienen derecho a gratificaciones mientras que a los de pequeñas empresas se les reconoce ese derecho en un monto de media remuneración en julio y diciembre.

6. MONTO DE LA GRATIFICACIÓN

El monto de las gratificaciones voluntarias dependerá de la decisión del empleador, mientras que en el caso de las gratificaciones convencionales su monto será el acordado en el respectivo contrato o convenio.

En lo concerniente a las gratificaciones legales, debemos indicar que el monto de cada una de las gratificaciones es equivalente a la remuneración del trabajador en la oportunidad en que corresponda percibir el beneficio (primer párrafo del artículo 2.° de la Ley N.° 27735).

El numeral 3.2) del artículo 3.° del Reglamento ha establecido con precisión que la remuneración computable para las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad es la vigente al 30 de junio y al 30 de noviembre, respectivamente.

Igualmente, en el numeral 3.3) de su artículo 3.° ha precisado que, determinada la remuneración computable de las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, se calculan por los periodos enero-junio y julio-diciembre, respectivamente. Si el trabajador ha laborado durante todo el semestre el monto de la gratificación equivale a la remuneración íntegra, reduciéndose proporcionalmente cuando el periodo laborado sea menor.

Debe tenerse en cuenta que la remuneración base de cálculo está constituida por la remuneración básica y todas las cantidades que en dinero o en especie perciba el trabajador como contraprestación por su trabajo, sin importar su origen o la denominación que se les dé, siempre y cuando sean de libre disposición. Se encuentran excluidos aquellos conceptos previstos en el artículo 19.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (segundo párrafo del artículo 2.° de la Ley N.° 27735).

La Corte Suprema de Justicia al resolver la Casación Laboral N.° 4764-2016 CUSCO, del 25 de mayo de 2017, ha señalado que: "En lo concerniente a las gratificaciones legales, el monto de cada una de las gratificaciones es equivalente a la remuneración del trabajador en la oportunidad que corresponda percibir el beneficio".

7. REMUNERACIÓN REGULAR

Para efectos del derecho a las gratificaciones se considera remuneración regular aquella percibida habitualmente por el trabajador, aun cuando sus

montos puedan variar en razón de incrementos u otros motivos (primer párrafo del artículo 3.° de la Ley N.° 27735).

El numeral 3.1) del artículo 3.° del Reglamento ha precisado que la remuneración regular es aquella percibida mensualmente por el trabajador en dinero o especie.

Si se tratase de remuneraciones de naturaleza variable o imprecisa, se considera cumplido el requisito de regularidad si el trabajador las ha percibido, cuando menos, en alguna oportunidad en tres (03) meses durante el semestre correspondiente. En este caso, para su incorporación a la gratificación se suman los montos percibidos y el resultado se divide entre seis (segundo párrafo del artículo 3.° de la Ley N.° 27735).

8. CASO DE TRABAJADORES CON REMUNERACIONES IMPRECISAS

En el caso de trabajadores con remuneración de naturaleza variable o imprecisa, el monto de las gratificaciones se calculará en base al promedio de la remuneración percibida en los últimos seis meses anteriores al 15 de julio y 15 de diciembre, según sea el caso (artículo 4.° de la Ley N.° 27735).

Las gratificaciones no pagadas en su oportunidad, se cancelan con la remuneración histórica y no con la última remuneración.

9. OPORTUNIDAD DE PAGO

Cuando la fuente de las gratificaciones sea la voluntad unilateral del empleador serán percibidas cuando él así lo decida.

Si el derecho a las gratificaciones se origina en convenios colectivos o acuerdos individuales, estas deberán ser abonadas en la oportunidad prevista en el respectivo pacto.

Las gratificaciones de origen legal serán abonadas en la primera quincena del mes de julio y de diciembre según el caso (artículo 5.° de la Ley N.° 27735). El artículo 4.° del Reglamento ha precisado que este plazo es indisponible para las partes.

El no pago oportuno de las gratificaciones origina que a partir del día siguiente en que se produjo el incumplimiento y hasta su pago efectivo se generen

intereses legales sobre el monto adeudado, conforme a lo dispuesto por el Decreto Ley N.° 25920.

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N.° 2419-2014 LIMA, del 24 de noviembre del 2015, ha precisado que, si bien el artículo 1.° de la Ley N.° 27735 reconoce el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones durante el año, por motivo de Fiestas Patrias y Navidad; sin embargo, no prohíbe que se pueda efectuar el pago adelantado de dicho beneficio laboral.

10. REQUISITOS PARA SU PERCEPCIÓN

Tratándose de gratificaciones voluntarias, el trabajador debe cumplir con los requisitos exigidos por el empleador, mientras que, si se trata de gratificaciones de origen convencional, deberá hacerlo con los establecidos en el convenio colectivo correspondiente.

Para recibir el íntegro de las gratificaciones legales el trabajador deberá contar con una antigüedad mayor de seis (06) meses y encontrarse laborando en la oportunidad que le corresponda percibir dicho pago, salvo el caso de las gratificaciones truncas (primer párrafo del artículo 6.° de la Ley N.° 27735).

El artículo 2.° del Reglamento ha precisado que, por excepción, se considera tiempo efectivamente laborado los supuestos de suspensión de labores siguientes: a) el descanso vacacional; b) la licencia con goce de remuneraciones; c) los descansos o licencias establecidos por las normas de seguridad social y que originan el pago de subsidios; d) aquellos que sean considerados por ley expresa como laborados para todo efecto.

Si el trabajador contara con menos de seis (06) meses de servicio al momento que le corresponda percibir sus gratificaciones, el monto que se le abonará por este concepto será proporcional a los meses laborados (segundo párrafo del artículo 6.° de la Ley N.° 27735).

11. GRATIFICACIONES TRUNCAS

La Ley establece que, si el trabajador no tuviese vínculo laboral en la fecha en que corresponda percibir el beneficio, pero, hubiera prestado sus servicios como mínimo un mes en el semestre correspondiente, percibirá la gratificación

respectiva en forma proporcional a los meses efectivamente trabajados (artículo 7.° de la Ley N.° 27735).

El artículo 5.° del Reglamento ha hecho las precisiones siguientes: a) este derecho se origina al momento del cese del trabajador, siempre que tenga cuando menos un mes de servicios; b) su monto se determina de manera proporcional a los meses calendarios completos laborados en el que se produzca el cese, es decir, que no se considera los periodos inferiores al mes; c) la remuneración computable es la vigente al mes inmediato anterior al que se produjo la extinción de la relación laboral; d) su pago se efectúa conjuntamente con todos los beneficios sociales dentro de las 48 horas de terminado el vínculo laboral.

12. INCOMPATIBILIDADES

La percepción de las gratificaciones que señala la Ley en comentario, es incompatible con cualquier otro beneficio económico o de naturaleza similar que con igual o diferente denominación percibida el trabajador en cumplimiento de disposiciones legales especiales, convenios colectivos o costumbres, en cuyo caso deberá otorgarse el que sea más favorable (artículo 8.° de la Ley N.° 27735).

13. PRESCRIPCIÓN DE LAS GRATIFICACIONES

Por aplicación del Artículo Único de la Ley N.° 27341, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de julio de 2000, el derecho del trabajador para reclamar judicialmente el pago de las gratificaciones no abonadas en su oportunidad prescribe a los cuatro (04) años, contados desde el día siguiente de extinguido el vínculo laboral.

Bibliografía

Libros

- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (1966). Derecho del trabajo. Relaciones individuales de trabajo. 1a. edición. Lima: Editorial San Marcos.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2000). Derecho del trabajo individual. 5ª. edición. Lima: Editorial Edial.

CAPÍTULO XVI
LOS DESCANSOS REMUNERADOS

Sumario: 1. Introducción. 2. El descanso semanal obligatorio. 3. El descanso en días feriados. 4. El descanso vacacional.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú, el segundo párrafo del artículo 25.° de la Constitución del Estado consagra el derecho de los trabajadores al descanso semanal y anual remunerados, precisando que su disfrute se regula por la ley o por convenio.

La norma legal que regula los descansos remunerados es el Decreto Legislativo N.° 713, reglamentado por el Decreto Supremo N.° 012-92-TR, dispositivos legales que han sido han sido objeto de diversas modificaciones a través del tiempo, las que explicaremos durante el desarrollo de este capítulo.

2. EL DESCANSO SEMANAL OBLIGATORIO

El descanso semanal obligatorio está vinculado, en sus orígenes, a las pautas religiosas que disponían el descansar un día a la semana. En el caso de los países de tradición cristiana, el día domingo.

Dejando de lado la explicación religiosa, CABANELLAS (1964) sobre el descanso semanal nos dice lo siguiente:

> Actualmente, el descanso semanal está admitido, consagrado e impuesto como una obligación legal en los países civilizados. Se ha tenido en cuenta que el trabajador, tras cumplir toda una jornada, no tiene bastante con la tarde y con la noche para reparar fuerzas;

> acumula así, a diario, una fatiga cada vez más intensa (fatiga física y fatiga cerebral) que debe liquidar de tiempo en tiempo; constituye una válvula de seguridad que impide a la máquina humana estallar bajo la presión de la fatiga excesiva (p. 217).
>
> De acuerdo con el Decreto Legislativo N.° 713, el trabajador tiene derecho, como mínimo, a 24 horas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente el día domingo (artículo 1.° del Decreto Legislativo N.° 713).

El empleador está facultado, cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, para establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción o designar como día de descanso distinto al domingo, determinado día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva (artículo 2.° del Decreto Legislativo N.° 713).

La Corte Suprema de Justicia de la República al resolver con fecha 04 de julio de 2019 la Casación Laboral No.11828-2016 LIMA, ha resuelto que "La posibilidad de modificar el día en que se hace efectivo el descanso semanal y se lleve a cabo en fecha distinta al domingo, se encuentra condicionada a los requerimientos de la producción y, por lo tanto, al criterio de razonabilidad".

De las normas citadas, queda claro que no es obligatorio que el descanso semanal se efectúe los domingos, siendo el empleador quien tiene la potestad de fijar como día de descanso cualquier otro día de la semana.

2.1. Remuneración del día de descanso semanal

El día de descanso semanal es remunerado en un monto equivalente al de una jornada ordinaria y se abonará en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados (artículo 4.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Tratándose de trabajadores destajeros, la remuneración por el día de descanso obligatorio es equivalente a la suma que resulte de dividir el salario semanal entre el número de días de trabajo efectivo (segundo párrafo del artículo 1.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Para efectos del pago del día de descanso remunerado, se entiende por remuneración ordinaria aquella que percibe el trabajador semanal, quincenal o mensualmente, según corresponda en dinero o en especie, incluido el valor de la alimentación (primer párrafo del artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Las remuneraciones complementarias variables o imprecisas no ingresan a la base de cálculo, así como, aquellas otras de periodicidad distinta a la semanal, quincenal o mensual según corresponda a la forma de pago (segundo párrafo del artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

2.2. Días efectivamente trabajados

Excepcionalmente, y solo para efectos del pago del descanso semanal, se considera días efectivamente trabajados los siguientes:

a) Las inasistencias motivadas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional o por enfermedades debidamente comprobadas hasta que la Seguridad Social asuma la cobertura de tales contingencias.
b) Los días de suspensión de la relación laboral con pago de remuneración por el empleador.
c) Los días de huelga siempre que no haya sido declarada improcedente o ilegal.
d) Los días que devenguen remuneraciones en los procedimientos de impugnación del despido. (artículo 3.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Debemos precisar, que los procedimientos que devengan remuneraciones son los de nulidad de despido conforme a lo previsto en el artículo 40.° del TUOLPCL.

2.3. Descuentos por inasistencias

El computo de las inasistencias se efectúa proporcionalmente de la manera siguiente:

Para el caso de los trabajadores que perciben su remuneración semanalmente TOYAMA (2015) nos brinda la explicación siguiente:

> Para las personas que perciben una remuneración semanal, si faltaran al trabajo un día y su jornada es de lunes a sábado, perderán la remuneración de ese día, lo cual va incidir en el jornal de descanso semanal. Para obtener lo que le corresponde hay que dividir el jornal diario entre el número de días de trabajo de la semana, multiplicado por el número de días efectivamente laborados (p. 426).

En el caso de los trabajadores que reciben su remuneración mensualmente, se calcula dividiendo la remuneración ordinaria entre treinta (30). El resultado es el valor día.

En el caso de los trabajadores que reciben su remuneración quincenalmente, se calcula dividiendo la remuneración ordinaria entre quince (15). El resultado es el valor día.

El descuento proporcional será igual a un treintavo o quinceavo de dicho valor, respectivamente (artículo 2.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

2.4. Trabajo en día de descanso semanal

Los trabajadores que laboren en día de descanso semanal sin sustituirlo por otro día en la misma semana, tendrán derecho al pago de la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100%. (artículo 3.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Debemos dejar constancia que el pago de esta sobretasa no debe ser considerada como un incentivo para que el trabajador deje de descansar semanalmente buscando obtener mayores ingresos con riesgo de afectar su salud; sino como una sanción al empleador que ha permitido que el trabajador no descanse cuando le corresponda y, además, aproveche el trabajo de este.

2.5. Trabajadores sin derecho al descanso semanal obligatorio

La norma reglamentaria en su artículo 5.° ha previsto que no tienen derecho al descanso sustitutorio ni al pago del descanso semanal obligatorio los trabajadores siguientes:

- Los miembros de una misma familia, en los caos de trabajo familiar.
- Los trabajadores que intervienen en labores exclusivamente de dirección o inspección.

Los trabajadores que laboran sin fiscalización superior inmediata.
Los trabajadores que perciban el 30% o más del importe de la tarifa de los servicios que cobra el establecimiento o negocio de su empleador.

2.8. Incentivos y estímulos de asistencia

Los empleadores podrán establecer, en forma unilateral o convencional, el otorgamiento de bonos o incentivos como estímulo a la asistencia, puntualidad y adecuado rendimiento en la labor, condicionando su percepción a tales factores (artículo 5.° del Decreto Legislativo N.° 713).

3. EL DESCANSO EN DÍAS FERIADOS

El descanso en días festivos tiene su origen en razones de naturaleza religiosa, cívica o histórica que obligaban a celebrar determinadas fechas con una inactividad laboral.

MARTINEZ (1988) nos da la explicación siguiente:

> Existen determinados días del año en los cuales se producen celebraciones de acontecimientos históricos, sociales o religiosos, en los que su declaración por el Estado impone una pausa imperativa en el trabajo.
> Como dice Carcavallo, responden a una finalidad distinta de la perseguida por otros reposos, puesto que no se imponen para reponer energías gastadas, sino por motivos diferentes, acordes con el acontecimiento que se festeja, permitiendo así que, el trabajador, sin mengua de su salario, participe de la festividad (pp. 236-237).

3.1. Los días feriados en el Perú

Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado en los días feriados señalados en el Decreto Legislativo N.° 713, así como, en los que se desterminen por dispositivo legal específico (artículo 5.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Los feriados nacionales, según el artículo 6.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por la Ley N.° 31391, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de diciembre de 2021, son los siguientes:

- Año nuevo (01 de enero)
- Jueves santo y viernes santo (movibles)
- Día del trabajo (01 de mayo)
- San Pedro y San Pablo (29 de junio)
- Fiestas Patrias (28 y 29 de julio)
- Santa Rosa de Lima (30 de agosto)
- Combate de Angamos (8 de octubre)
- Todos los Santos (01 de noviembre)
- Inmaculada Concepción (08 de diciembre)
- Batalla de Ayacucho (09 de diciembre)
- Navidad del Señor (25 de diciembre)

No debe olvidarse que existen feriados regionales y locales en los que, en determinada circunscripción del país, no se trabaja cierto día.

3.2. Corrida de feriados

Los feriados nacionales se celebran en la fecha respectiva. Cualquier otro feriado no laborable de ámbito no nacional o gremial se hará efectivo el día lunes inmediato posterior a la fecha, aun cuando corresponda con el descanso del trabajador (artículo 7.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por la Ley N.° 26331).

El descanso de los días feriados trasladables, a que se refieren los artículos 6.° y 7.° del Decreto Legislativo N.° 713, se hará efectivo el día lunes inmediato posterior a la fecha que corresponda, salvo que coincida con el día lunes, en cuyo caso el descanso se efectivizará en la misma fecha (primer párrafo del artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

De existir dos feriados en la misma semana, sin que ninguno coincida con el día lunes, el descanso de ambos días se hará efectivo los días lunes y martes de la semana siguiente (segundo párrafo del artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

En el supuesto que uno de los feriados coincida con día lunes y el segundo con día martes, se descansarán dichos dos días sin correr el descanso a la semana siguiente (tercer párrafo del artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

3.3. Suspensión de labores por feriados no nacionales

Tratándose de feriados no nacionales o gremiales que, por los usos y costumbres, se festejan en la fecha correspondiente, los empleadores podrán suspender las labores del centro de trabajo, a cuyo efecto, las horas dejadas de laborar serán recuperadas en la semana siguiente o en la oportunidad que acuerden las partes. A falta de acuerdo prima la decisión del empleador (artículo 7.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

3.4. Remuneración de los días feriados

Los trabajadores tienen derecho a percibir por el día feriado no laborable la remuneración ordinaria correspondiente a un día de trabajo. Su abono se rige por las reglas correspondientes al descanso semanal obligatorio, salvo el Día del Trabajo, que se percibirá sin condición alguna (artículo 8.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Siempre que el Día del Trabajo (01 de mayo) coincida con el día de descanso semanal obligatorio, se debe pagar al trabajador un día de remuneración por día de descanso semanal (artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Si el trabajador es destajero, el pago por el Día del Trabajo será igual al salario promedio diario, que se calcula dividiendo entre treinta la suma total de las remuneraciones percibidas durante los treinta días consecutivos o no, previos al 01 de mayo. Cuando el servidor no cuente con treinta días computables de trabajo, el promedio se calcula desde su fecha de ingreso (artículo 10.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

3.5. Trabajo en días feriados

El trabajo efectuado en los días feriados no laborables sin descanso dará lugar al pago de la retribución correspondiente por la labor efectuada, con una sobre tasa de 100% (artículo 9.° del Decreto Legislativo N.° 713).

No se considera que se ha trabajado en feriado no laborable, cuando el turno se inicie en día laborable y concluya en el feriado no laborable (artículo 8.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

4. EL DESCANSO VACACIONAL

El descanso vacacional o descanso anual remunerado, como también se le conoce, es un derecho laboral que tiene la categoría de derecho humano fundamental, pues, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13282 del 24 de diciembre de 1959), así lo consagra en su artículo 24°; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por el Perú mediante Decreto ley N.° 22129 del 29 de marzo de 1978), en su artículo 7.°, literal d) y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 26448 del 7 de mayo de 1995), en su artículo 7.°, literal h).

A nivel Constitucional, el segundo párrafo del artículo 22.° de la Constitución de 1993, reconoce el derecho al descanso anual remunerado.

La Constitución ha previsto la posibilidad que la regulación de las vacaciones no solo sea a través de la ley, sino, también, por el convenio colectivo, por lo que, TOYAMA (2002) opina que, en este caso, "Estamos ante las pocas referencias normativas que apuestan por la promoción a la autonomía colectiva en la autorregulación de las condiciones de trabajo. Ciertamente, a nivel legal no encontramos mayor desarrollo a esta posibilidad de regulación" (pp. 250-251).

En el plano infraconstitucional, las vacaciones en el régimen laboral de la actividad privada se encuentran reguladas por el Decreto Legislativo N.° 713, Ley de Descansos Remunerados, modificada por el Decreto Legislativo N.° 1405, y por el Decreto Supremo N.° 012-92-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N.° 713, así como, por el Decreto Supremo N.° 002-2019-TR.

Precisamos que las disposiciones del Decreto Legislativo N.° 1405 para el sector privado resultan aplicables, también, a los trabajadores de las empresas del Estado bajo competencia de Fonafe (Informe N.° 157-2019/2/14.1 del 30 de diciembre de 2019).

También dejamos constancia que no están comprendidos en el presente trabajo los regímenes especiales del sector privado, los que se regulan por sus propias reglas (numeral 3.2 del artículo 3.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

4.1. Definición de vacaciones

En la doctrina laboralista, las vacaciones han sido objeto de variadas definiciones, algunas de las cuales presentamos en las líneas siguientes.

CABANELLAS (2001) define las vacaciones anuales remuneradas como "[...] las vacaciones anuales pagadas pueden ser definidas como el derecho ininterrumpido - variable desde unos días hasta más de un mes- que el trabajador tiene, con goce de su remuneración, al cumplir determinado lapso de prestación de servicios" (p. 730).

FRESCURA y CANDIA (1986) nos da la definición siguiente:

> [...] es el derecho concedido por la ley a todo trabajador después *de cada año de trabajo continuo al servicio del mismo empleador para que* goce de un período mínimo y retribuido de descanso en días laborables, cuya duración est*á* predeterminada en forma progresiva y limitada, según la antigüedad en el empleo, sin dejar de percibir su remuneración (p. 449).

ALONSO (1981) define las vacaciones en los términos siguientes:

> [...] como aquel derecho del trabajador, derivado de la relación que le liga con el empresario, y cuyo contenido consiste en la interrupción de la prestación de su trabajo durante un número determinado de jornadas consecutivas al año, sin dejar por ello de percibir las remuneraciones correspondientes a tales jornadas (p. 444).

CAMPOS (2012) define las vacaciones diciendo que "[...] en el lenguaje jurídico, son los periodos de descanso que la ley les reconoce a los trabajadores que han laborado determinado tiempo al servicio de un empleador" (p. 459).

Por nuestra parte, definimos las vacaciones como el derecho que tiene todo trabajador de gozar en forma remunerada de un determinado número de días de descanso al año, después de haber cumplido los requisitos exigidos por la ley para acceder a ese beneficio, con la finalidad de conciliar la vida laboral con la vida familiar.

4.2. Justificación del descanso vacacional

Sobre la justificación del descanso vacacional, citaremos algunas opiniones doctrinarias para luego presentar la nuestra.

Según THAYER y NOVOA (1980):

> Desde diversos ángulos puede analizarse el fundamento de este beneficio laboral: forma de permitir al trabajador recuperar biológicamente sus energías gastadas durante el año de trabajo; forma de distracción, alternando el fatigoso trabajo rutinario con un período de descanso *más o* menos prolongado; manera de hacer vida familiar intensa, más aún cuando coinciden las vacaciones del jefe del hogar, en forma total o parcial, con las vacaciones escolares; oportunidad de viajes, paseos, visitas a parientes o amigos, volver al terruño donde se nació y aún viven amigos o parientes" (pp. 223 – 224).

Para RENDÓN (2000):

> El período vacacional tiene la finalidad de darle al trabajador la oportunidad de un descanso largo para permitirle eliminar completamente la fatiga acumulada en el *año* y sustraerlo a las tensiones del trabajo; pero, además de ello, le proporciona la posibilidad de reencontrarse con su familia y consigo mismo, el abandonar temporalmente la localidad donde vive, huyendo del tráfago urbano, de tomar contacto con la naturaleza, de conocer otros lugares y países. Más que el reposo físico, su efecto estriba en la tranquilidad espiritual, porque sólo entonces el trabajador puede evadirse de la alienación del esfuerzo diario (p. 254).

Para FRESCURA y CANDIA (1986): "Las vacaciones anuales remuneradas del trabajador responden a la necesidad vital de que éste pueda restaurar las energías consumidas en largos períodos de actividad profesional y renueve así su capacidad productiva en beneficio propio y de la colectividad" (p. 449).

Para KROTOSCHIN (1981):

> Sólo las vacaciones cumplen con el fin de dar al trabajador la oportunidad de reponer sus fuerzas para el trabajo, o simplemente de conservarlas lo más posible. Las vacaciones se otorgan no sólo en interés

> del trabajador sino también del propio empleador, y desde un punto de vista más amplio, es una medida de protección que beneficia a la salud pública en general (pp. 397 – 398).

El Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1405, considera que el disfrute del descanso vacacional busca favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar para el sector privado (artículo 1.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

Nosotros, coincidiendo con la doctrina mayoritaria, consideramos que el descanso vacacional se justifica por el hecho que, a través de un período de descanso más o menos amplio, se permite al trabajador un saludable reposo, una mayor integración familiar y, de ser posible, un acceso a la recreación.

4.3. Requisitos para el descanso vacacional

Comentando la exigencia de requisitos para el goce de vacaciones, PIROLO y MURRAY (2008) nos dicen lo siguiente:

> [...] el goce de las vacaciones está condicionado al cumplimiento de servicios efectivos durante un cierto lapso mínimo (se supone que la necesidad de descanso tiene directa vinculación con el tiempo trabajado); en tanto que la extensión anual del beneficio está normalmente relacionada con la antigüedad en el empleo (a mayor antigüedad, mayor periodo de vacaciones). Se admite, en general, que la coincidencia del período vacacional con otras situaciones que eximen al trabajador de prestar servicios (enfermedad, accidentes, maternidad, fallecimiento de un familiar), sean estos anteriores al comienzo de aquél o sobrevinientes, no impiden el goce íntegro del descanso anual que se debe completar una vez cesado el motivo o interrupción (p. 695).

La Ley exige para que un trabajador adquiera el derecho al descanso anual remunerado el cumplimiento de dos requisitos: tener un año continuo de labores para el mismo empleador y cumplir con el récord vacacional.

a) Año continuo de labores

La regla general es que el trabajador para tener derecho al descanso vacacional debe cumplir una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas y haber prestado servicios a su empleador durante un año como mínimo (artículo

10.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1405, y el artículo 11.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Con respecto al mínimo de horas, debemos tener en cuenta que el Convenio N.° 52, Convenio sobre vacaciones pagadas, 1936, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13284, permite que los trabajadores que laboran menos de cuatro horas puedan gozar de vacaciones en forma proporcional.

En cuanto al tiempo de trabajo mínimo, debemos decir que el plazo de un año se computa, normalmente, desde la fecha que el trabajador ingresó a laborar y, excepcionalmente, desde cuando el empleador lo determine, si compensa la fracción de tiempo de servicios laborado hasta dicha oportunidad, por dozavos y treintavos o ambos, según corresponda, de la remuneración computable vigente a la fecha en que adopte tal decisión (artículo 11.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el artículo 13.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR)

Opinamos que el año de trabajo que la Ley exige debe computarse desde la fecha real de ingreso del trabajador al servicio del empleador, aun, cuando no haya sido registrado en planillas.

Sobre el año de labores, RENDÓN (2000) nos enseña lo siguiente:

> Para los trabajadores ingresantes el periodo anual es de doce meses; para los trabajadores que ya cumplieron el primer año de servicios es de solo once meses si tuvieran el record de asistencia requerido para gozar de vacaciones, puesto que como se verá a continuación, los días del goce vacacional se cuentan como días de asistencia (p. 255).

b) Cumplimiento de récord vacacional

El récord vacacional es el conjunto de días efectivamente laborados durante un año de referencia, que constituyen requisito para alcanzar el derecho vacacional.

El numeral 2.1 del artículo 2.° del Convenio N.° 52 de la OIT, Convenio sobre vacaciones pagadas, 1936, ratificado por el Perú (aprobado por Resolución Legislativa N.° 13284 del 15 de diciembre de 1959), señala que toda persona a la que se le aplique este convenio tiene derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones pagadas de seis días por lo menos.

Nuestra Ley exige que, dentro del año de servicios, el trabajador deba cumplir con un mínimo de días de labor efectiva, así como, no exceder ciertos límites de inasistencias injustificadas (artículo 10.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1405), variando este requisito en función de los días laborados semanalmente en la empresa o de las paralizaciones que sufra en consideración al detalle siguiente:

a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva, por lo menos, doscientos sesenta días en dicho período.
b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva, por lo menos, doscientos diez días en dicho período.
c) En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en solo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período. Se consideran faltas injustificadas las ausencias no computables para el récord conforme al artículo 13.° del Decreto Legislativo N.° 713.

Para efectos de determinar el récord vacacional antes indicado, se cuentan como días de trabajo efectivo (artículo 12.° del Decreto Legislativo N.° 713) los siguientes:

a) La jornada ordinaria mínima de cuatro horas.
b) La jornada cumplida en día de descanso cualquiera que sea el número de horas laborado.
c) Las horas de sobretiempo en número de cuatro o más en un día.
d) Las inasistencias por enfermedad común, por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, en todos los casos siempre que no supere los 60 días al año.

La norma reglamentaria ha precisado que todos estos casos, en que la salud del trabajador se encuentra afectada, se consideran como días efectivos de trabajo (artículo 12.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

e) El descanso previo y posterior al parto.

Como sabemos, es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso postnatal. El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado con el postnatal a decisión de la trabajadora. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto (artículo 1.° de la Ley N.° 26644).

f) El permiso sindical.

Debe tenerse en cuenta que el tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos otorgados a los dirigentes para cumplir sus funciones sindicales, se entenderá trabajado para todos los efectos legales y contractuales hasta el límite de treinta (30) días por año calendario; el exceso se considerará como una licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios (último párrafo del artículo 32.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

g) Las faltas o inasistencias autorizadas por Ley, convenio individual o colectivo o decisión del empleador.

El fundamento de considerar como trabajo efectivo días no laborados, radica en el hecho que al tener las ausencias una justificación amparada por la ley o el acuerdo de las partes, las mismas no pueden perjudicar el derecho del trabajador a su goce vacacional.

h) El período vacacional correspondiente al año anterior.

i) Los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal.

4.4. Duración del descanso vacacional

El Convenio N.° 52 de la OIT establece el derecho de los trabajadores a un descanso vacacional de, por lo menos, seis días al año. Mientras que el Convenio N.° 132, sobre vacaciones pagadas (revisado) 1970, no ratificado por el Perú, precisa que el descanso vacacional en ningún caso será inferior a tres semanas laborables por año de servicios.

En el Perú, la antigüedad en el empleo no tiene mayor influencia en la duración del descanso vacacional, pues, salvo algunos casos de excepción contemplados en regímenes laborales especiales, todos los trabajadores tienen derecho a treinta (30) días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios prestados (artículo 10.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Resulta conveniente precisar que el descanso vacacional es de treinta días calendario y no de un mes.

El Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1405 señala que el descanso vacacional es de treinta (30) días calendario y comprende los días de descanso semanal, feriados, días no laborables y otros supuestos sobrevenidos de suspensión de labores que ocurran durante el respectivo período vacacional, salvo decisión unilateral del empleador, acuerdo de partes, convenio colectivo o costumbre más favorable (artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

4.5. Inicio del descanso vacacional

Salvo que el trabajador se encuentre incapacitado por enfermedad o accidente, establecida la oportunidad de descanso vacacional, este se inicia, aun cuando coincida con el día de descanso semanal, feriado o día no laborable en el centro de trabajo (artículo 14.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR)

4.6. Enfermedad y descanso vacacional

La Ley persigue que el trabajador realmente goce de su descanso vacacional, por ello, prohíbe que el mismo le pueda ser otorgado cuando se encuentre incapacitado por enfermedad o accidente (artículo 13.° del Decreto Legislativo N.° 713), ya que esta penosa situación le imposibilitaría el aprovechar en forma efectiva sus vacaciones.

Distinto es el caso en que el trabajador que durante su período de vacaciones es afectado por una enfermedad o accidente que le produce incapacidad, aquí el período vacacional no se suspende, pues, el empleador dio cumplimiento a su obligación legal cuando el trabajador se encontraba apto para gozarlo.

4.7. Oportunidad de inicio del descanso vacacional

Con la finalidad que el goce de las vacaciones no perturbe el normal funcionamiento del centro de labores y que, a su vez, sea tomado en el momento que el servidor lo considere más conveniente, la ley establece que la oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador; sin embargo, a falta de acuerdo, la ley faculta al empleador para que, en uso de su facultad directriz, sea quien decida al respecto (artículo 14.° del Decreto Legislativo N. ° 713).

4.8. Adelanto del descanso vacacional

El adelanto de vacaciones es el goce anticipado de ese derecho cuando aún no se ha cumplido el requisito de tiempo necesario para hacer efectivo el mismo.

El trabajador y el empleador pueden acordar, previamente y por escrito, el adelanto de días de descanso vacacional que se genere a futuro, incluso, por un número de días mayor a la proporción del record vacacional generado a la fecha del acuerdo (artículo 10.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por Decreto Legislativo N.° 1405 y el artículo 5.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

Mientras subsista el vínculo laboral, los días de descanso adelantado se compensan con los días del descanso vacacional generado a la fecha del acuerdo (numeral 6.1 del artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

En caso de extinción del vínculo laboral, los días de descanso otorgados por adelantado al trabajador son compensados con los días de vacaciones truncas adquiridos a la fecha de cese. Los días de descanso otorgados por adelantado que no puedan compensarse con los días de vacaciones truncas, no generan la obligación de compensación a cargo del trabajador (artículo 10.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por Decreto Legislativo N.° 1405).

En la liquidación de beneficios sociales debe detallarse de modo expreso la compensación de los días que componen las vacaciones truncas (numeral 6.2 del artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

El trabajador no está obligado a pagar ni compensar en forma alguna los días de descanso adelantado que no pudieran ser compensados con vacaciones truncas (último párrafo del artículo 6.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

4.9. Monto de la remuneración vacacional

El monto de la remuneración de vacaciones es la suma de dinero que se paga al trabajador cuando le corresponde ejercitar el goce de este derecho.

Para que el trabajador pueda realmente gozar de su descanso vacacional debe contar con recursos económicos, por tal motivo, el período vacacional es remunerado. Si durante sus vacaciones el trabajador no percibiera paga alguna, este descanso sería ineficaz, ya que tendría que buscar otra fuente de ingresos para subsistir tanto él como su familia, dado el carácter alimentario que tiene la remuneración.

El monto de la remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente y regularmente en caso de continuar laborando (artículo 15.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el primer párrafo del artículo 16.° Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Para efectos de determinar la remuneración vacacional se considera remuneración como tal la computable para la compensación por tiempo de servicios, con excepción, por su propia naturaleza, de las remuneraciones periódicas a que se refiere el artículo 18.° del Decreto Legislativo N.° 650 (segundo párrafo del artículo 15.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el segundo párrafo del artículo 16.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Tratándose del caso de comisionistas, la remuneración vacacional se establece en base al promedio de comisiones percibidas por el trabajador en el semestre inmediato anterior al inicio de las vacaciones (primer párrafo del artículo 17.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

En el caso de los agentes exclusivos de seguros, a la remuneración vacacional debe añadirse el promedio de las comisiones provenientes de la renovación de pólizas obtenidas durante el semestre anterior al descanso vacacional (primer párrafo del artículo 17.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Para establecer la remuneración vacacional de los trabajadores destajeros o que perciben remuneración principal mixta o imprecisa, se toma como base el salario diario promedio durante las cuatro (04) semanas consecutivas anteriores a la semana que precede a la del descanso vacacional (artículo 18.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

4.10. Oportunidad de pago de la remuneración vacacional

Con la finalidad que el trabajador durante el goce de vacaciones pueda contar con recursos económicos que le permitan afrontar su sustento y el de sus familiares, la Ley ha establecido que la remuneración vacacional será abonada al trabajador antes del inicio del descanso. Este pago no tiene incidencia en la oportunidad en que deben abonarse las aportaciones a EsSalud ni de la prima del Seguro de Vida, que deben ser canceladas en la fecha habitual (artículo 16.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el primer párrafo del artículo 19.° Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Sobre el pago adelantado de las vacaciones, TOYAMA (2005) opina lo siguiente:

> Esta disposición relativa el pago anticipado de las vacaciones responde a una lógica donde la remuneración se pagaba en forma directa y en efectivo al trabajador y buscaba que el trabajador no retornase a la empresa en sus vacaciones para cobrar su remuneración. Empero, actualmente buena parte de las empresas abonan las remuneraciones en los estados de cuenta bancarios del personal, de tal manera que se debería revisar la exigencia de pago anticipado de las vacaciones en los casos donde la retribución es cobrada por el trabajador a través del sistema financiero (p. 195).

4.11. Fraccionamiento del descanso vacacional

En principio, la Ley prevé que el trabajador debe gozar de su descanso vacacional en forma ininterrumpida; sin embargo, a solicitud escrita del trabajador, el disfrute del periodo vacacional puede ser fraccionado de la manera siguiente: i) quince días calendario, los cuales pueden gozarse en periodos de siete y ocho días ininterrumpidos y ii) el resto del periodo vacacional puede gozarse, incluso, en forma fraccionada en periodos inferiores a siete días calendario y como mínimo de un día calendario (artículo 17.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1405).

El descanso vacacional puede fraccionarse a solicitud escrita del trabajador. La oportunidad del descanso vacacional y de su fraccionamiento se fija de común acuerdo entre el empleador y el trabajador. A falta de acuerdo, el empleador decide la oportunidad del goce, más no el fraccionamiento (Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

Por acuerdo escrito entre las partes se establece el orden de los periodos fraccionados en los que el trabajador goce del descanso vacacional (artículo 17.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1405).

El acuerdo para el fraccionamiento del descanso vacacional se celebra por escrito y debe ser previo al goce del mismo. En el documento se debe indicar la estructura del fraccionamiento, así como, las fechas de inicio y término (artículo 9.° del Decreto Supremo N.° 02-2019-TR).

El Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1405, respecto del fraccionamiento del descanso vacacional, precisa las reglas siguientes:

El descanso vacacional de treinta (30) días calendario se puede fraccionar de la siguiente manera:

i) Un primer bloque de al menos quince (15) días calendario, que se goza de forma ininterrumpida o puede distribuirse en dos periodos de los cuales uno es al menos siete (7) días y el otro al menos (8) días calendario ininterrumpidos.
ii) El resto del descanso vacacional puede gozarse en periodos mínimos de un (1) día calendario.
iii) Las partes pueden acordar el orden en el que se goza lo señalado en los numerales precedentes.

Entendemos que no es necesario que el goce del descanso vacacional fraccionado se realice tomando primero el bloque de quince (15) días y luego los bloques de siete (7) y ocho (8) días, sino que, indistintamente, se puede tomar cualquiera de los bloques del descanso vacacional.

4.12. Acumulación de descansos vacacionales

La Ley deja abierta la posibilidad que el trabajador pueda convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que, después de un año de servicios continuos, disfrute, por lo menos, de un descanso de siete días naturales deducibles del total de días de descanso vacacional acumulados (artículo 18.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el artículo 22.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

En el caso de trabajadores contratados en el extranjero, estos pueden convenir por escrito con su empleador la acumulación de períodos vacacionales por dos o más años (segundo párrafo del artículo 18.° del Decreto Legislativo N.° 713).

4.13. Reducción del descanso vacacional

La Ley admite que, por acuerdo entre el empleador y el trabajador, el descanso vacacional puede reducirse de treinta a quince días calendario con la respectiva compensación de quince días de remuneración. El acuerdo de

reducción debe constar por escrito (primer párrafo del artículo 19.° del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por Decreto Legislativo N.° 1405).

La reducción solo puede imputarse al periodo vacacional que puede gozarse en forma fraccionada en periodos inclusive inferiores a siete días calendario (segundo párrafo del artículo 19.1 del Decreto Legislativo N.° 713, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1405).

El Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1405, ha precisado que la reducción del descanso vacacional solo se efectúa respecto del periodo que puede gozarse en periodos mínimos de un (1) día calendario (artículo 10.° del Decreto Supremo N.° 002-2019-TR).

4.14. Constancia de goce del descanso vacacional

El empleador tiene la obligación de hacer constar en forma expresa en el Libro de Planillas la fecha de descanso vacacional del trabajador y el pago de la remuneración correspondiente (artículo 20.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Este registro es de gran importancia para la parte patronal, pues, como sabemos, la carga de la prueba del cumplimiento de las disposiciones legales en materia de trabajo la tiene el empleador, por lo que, de presentarse una controversia sobre el goce del derecho vacacional, el patrón solo podrá eximirse de responsabilidad probando que ha concedido vacaciones y pagado la remuneración correspondiente a ellas con la exhibición del Libro de Planillas o el registro electrónico de planillas.

Respecto a este tipo de disensiones entre las partes del contrato de trabajo, encontramos que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido los criterios que se indican a continuación:

El empleador tiene la carga de probar, cuando se le imputa el incumplimiento de otorgar el descanso vacacional, que cumplió con las obligaciones contenidas en el Decreto Legislativo N.° 713 y que el trabajador gozó efectivamente de sus vacaciones, pudiendo demostrar este hecho con las planillas de pago, boletas de pago u otro medio idóneo a tal fin. Pretender que el trabajador acredite que no gozó de vacaciones, sería imponerle una prueba negativa o prueba diabólica que no está permitida en nuestro sistema jurídico en general (Casación Laboral N.° 1202-2016 LIMA del 23 de setiembre de 2016, Casación Laboral N.°

18203-2017 LIMA, Casación Laboral N.° 14581-2017 LIMA del 23 de agosto de 2018).

Distinto es el criterio sobre la carga probatoria cuando es el trabajador quien afirma que laboró durante los periodos que figura registrado como gozando de sus vacaciones, en este caso la Corte Suprema considera que corresponde al demandante probar que realizó trabajo efectivo en su periodo vacacional a fin de enervar el mérito probatorio de las planillas y boletas de pago que el empleador exhibió y que tienen valor probatorio conforme al artículo 20.° del Decreto Legislativo N.° 713 (Casación Laboral N.° 17691-2015 LIMA del 08 de julio de 2016).

La remuneración vacacional debe figurar en la planilla del mes al que corresponda el descanso (segundo párrafo del artículo 19.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

4.15. Goce vacacional en trabajos discontinuos o de temporada

En el caso de actividades de carácter discontinuo o de temporada, que por su propia naturaleza tuvieran una duración inferior a un año y mayor a un mes, el trabajador percibirá un dozavo de la remuneración vacacional por cada mes completo de labor efectiva. Toda fracción se considerará por treintavos, en tal caso, se aplica dicha proporcionalidad respecto a la duración del goce vacacional (artículo 21.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el artículo 21.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

4.16. Pago de vacaciones a trabajadores que dejen de laborar

En principio, el derecho de los trabajadores al goce vacacional remunerado no debe ser objeto de compensación o sustitución por otro, dada la finalidad que el mismo persigue; sin embargo, pueden presentarse casos de excepción, como es la extinción del vínculo laboral, en los cuales, ante la evidente imposibilidad de su goce físico, la Ley dispone que las mismas sean abonadas en dinero tal como explicaremos a continuación.

a) Vacaciones no gozadas

Son aquellas respecto de las cuales el trabajador ha alcanzado los requisitos exigidos por la Ley para su goce, pero, que no han podido ser disfrutadas.

Los trabajadores que cesen en esta situación tienen derecho a que se les abone el íntegro de la remuneración vacacional (primer párrafo del artículo 22.° del Decreto Legislativo N.° 713). Además, tienen derecho a los intereses correspondientes.

> PLENO JURISDICCIONAL LABORAL 1999
> Acuerdo N.° 03-99
> "Los intereses correspondientes a las remuneraciones de las vacaciones no gozadas se devengan en la forma siguiente:
> a) Cuando el vínculo laboral se encuentra vigente, el pago de la remuneración vacacional adeudada generará intereses, a partir del día siguiente en que ocurrió el incumplimiento, sólo si desde la indicada fecha y hasta la oportunidad en que se hace efectivo el pago, no se produjo incremento de remuneración. De haber incremento de remuneración, entonces no procede el pago de intereses.
> b) Si se ha producido el cese, el pago de la remuneración vacacional adeudada se efectúa con la remuneración vigente a la fecha de éste más los intereses legales que se generan a partir del día siguiente del mismo, y hasta el día de su pago efectivo. De no haber ocurrido incremento de remuneraciones desde el vencimiento de la oportunidad del goce del descanso vacacional hasta el cese del trabajador, entonces procederá el pago de intereses desde el día siguiente en que ocurrió dicho incumplimiento".

b) Vacaciones truncas

Si el contrato de trabajo se extingue antes que se cumpla el período adquisitivo de un año, el trabajador tiene derecho a que se le pague por concepto de vacaciones una parte proporcional de la remuneración vacacional en relación al tiempo laborado.

La Ley exige para que proceda el abono de récord trunco vacacional, que el trabajador acredite, por lo menos, un mes de servicios a su empleador. Cumplido este requisito, el récord trunco será compensado a razón de tantos dozavos y treintavos de la remuneración como meses y días computables hubiera laborado,

respectivamente (segundo párrafo del artículo 22.° del Decreto Legislativo N.° 713 y el artículo 23.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

4.17. La triple vacacional

Conocidas en nuestro medio como "la triple vacacional", son aquellas vacaciones que no fueron disfrutadas por el trabajador dentro del año siguiente a aquél en que se adquirió el derecho al descanso vacacional, motivo por el cual, el empleador es sancionado con el pago de una remuneración más.

Cuando se presenta la situación antes descrita, el trabajador tiene derecho a percibir los pagos siguientes: a) una remuneración por el trabajo realizado; b) una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y c) una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo (artículo 23.° del Decreto Legislativo N.° 713).

La norma reglamentaria ha precisado que la indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23.° del Decreto Legislativo N.° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional (artículo 24.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR,).

La Corte Suprema ha considerado que esta limitación solo está referida al personal de dirección, no pudiéndose extender sus alcances en vía de interpretación a otra clase de trabajadores (Casación Laboral N.° 6462-2017 LIMA del 18 de junio de 2019 y Casación N.° 2306-2004 LIMA del 13 de junio de 2006).

Igualmente, ya se había resuelto que los gerentes o representantes de la empresa que cuenten con capacidad de decisión para establecer sus vacaciones estaban fuera del ámbito subjetivo de la indemnización prevista en el literal c) del artículo 23.° del Decreto Legislativo N.° 713 (Casación N.° 2943-2015 LIMA del 11 de noviembre del 2015).

Sobre el pago de la triple vacacional, la Corte Suprema de Justicia ha dejado de lado hace varios años el criterio que, para tener derecho a su abono, no se debía haber hecho uso físico del descanso vacacional, pues, si se había gozado, aunque fuera extemporáneamente, se perdía. Actualmente, se encuentre en vigencia un criterio más acorde a la naturaleza sancionatoria del tercer pago, según el cual, a

pesar que el trabajador gozó de sus vacaciones luego del año que debía ejercerlas, le corresponde el pago de la indemnización vacacional prevista en el inciso c) del artículo 23.° del Decreto Legislativo N.° 713, toda vez que no las gozó en forma oportuna (Casación Laboral N.° 13322-2015 LIMA del 15 de agosto de 2017).

La Resolución de Superintendencia No.167-2019 SUNAFIL de 20 de mayo de 2019, la SUNAFIL aprobó el criterio normativo siguiente:

> "Tema No.02 Indemnización y descanso vacacional
> El no goce del descanso vacacional efectivo, queda subsanado por el pago que sea realizado por el empleador de los conceptos a los que se refiere el artículo 23 del Decreto Legislativo No.713."

Tenemos también que respecto al no goce oportuno del descanso vacacional la SUNAFIL al expedir la Resolución No.546-2020-SUNAFIL/ILM de fecha 14 de setiembre de 2020, ha sostenido lo siguiente:

> "3.10. (...) , se debe precisar que el derecho al pago de una indemnización vacacional al tener como finalidad reparar el daño ocasionado, tal y como ha resuelto la jurisprudencia Casación No.2173-2003-LIMA previamente mencionada, la esencia del pago es resarcir el agotamiento del trabajador por no gozar de su descanso reparador dentro del año siguiente a aquel que adquiere el derecho. Así pues, producido el daño , como consecuencia de la falta de otorgamiento de descanso físico en su oportunidad, el empleador queda obligado a indemnizar al trabajador afectado desde el primer día del año siguiente en que el trabajador debió gozar de vacaciones físicas y no lo hizo , esto es la indemnización vacacional se genera dentro de la vigencia del contrato de trabajo, no siendo necesario , por tanto, que la norma disponga una oportunidad distinta al momento en que se generó el derecho para el pago establecido en el artículo 23 en cuestión."

Es necesario recordar también, que en ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios (artículo 24.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

En cuanto al monto de las remuneraciones indicadas para el pago de la triple vacacional, este será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago (último párrafo del artículo 23.° del Decreto Legislativo N.° 713).

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido desde hace ya bastantes años el criterio que su monto es equivalente a la remuneración que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago, pues, eso es lo que taxativamente dispone el último párrafo del citado artículo 23.° (Casación N.° 2062-97 JUNÍN del 12 de julio de 1999).

4.18. Caso especial de los profesores de centros educativos particulares

La oportunidad del descanso de los profesores de los centros educativos particulares, en general, se regula por sus propias normas. Supletoriamente se aplican la ley y el reglamento (primer párrafo del artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

Los períodos vacacionales de los educandos no suponen necesariamente descanso vacacional de los docentes (segundo párrafo del artículo 15.° del Decreto Supremo N.° 012-92-TR).

4.19. Caso especial de la madre gestante

Si a la fecha del vencimiento del descanso postnatal o de su extensión, la madre trabajadora tuviere derecho a descanso vacacional pendiente de goce, podrá iniciar parcial o totalmente el disfrute vacacional a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal o su extensión, siempre y cuando, previamente, lo hubiere comunicado por escrito al empleador con una anticipación no menor de quince (15) días naturales al inicio del goce vacacional. Esta decisión no requiere aceptación o aprobación del empleador (artículo 4.° de la Ley N.° 26644 y el artículo 8.° del Decreto Supremo N.° 005-2011-TR, modificado por la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N.° 01-2015-TR).

4.20. Caso de la licencia por paternidad

De conformidad con la Ley N.° 30807, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de julio de 2018, que modifica el artículo 2.° de la Ley N.° 29409, el padre que hace uso de su licencia por paternidad de 10 días tiene derecho a

hacer uso de su descanso vacacional pendiente de goce a partir del día siguiente de vencida la licencia por paternidad. La voluntad de gozar del descanso vacacional deberá ser comunicada al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha probable de parto de la madre.

4.21. Caso de la licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad

La Ley N.° 30119, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 3 de diciembre de 2013, establece el derecho de los trabajadores de la actividad pública y privada a gozar de licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapacidad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia o sujetos a curatela. Esta licencia asciende hasta cincuenta y seis horas alternas o consecutivas anualmente, las cuales, son concedidas a cuenta del periodo vacacional. También se compensan horas extraordinarias, previo acuerdo con el empleador.

De ser necesario se otorgan horas adicionales, siempre que sean a cuenta del periodo vacacional o compensables con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador en ambos supuestos.

4.22. Caso de la licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave

La Ley N.° 30012, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 26 de abril del 2013, establece el derecho del trabajador de la actividad pública o privada a gozar de licencia en los casos de tener un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo.

Esta licencia es de siete días calendario, con goce de haber, de ser necesarios más días de licencia, estos son concedidos por un lapso adicional de no mayor de treinta días a cuenta del descanso vacacional.

El Decreto Supremo N.° 008-2017-TR, Reglamento de la Ley N.° 30012, ha precisado que la ampliación se conceda a cuenta del descanso vacacional, de

forma proporcional al record vacacional acumulado el momento de solicitarla y será hasta de treinta (30) días dependiendo del régimen laboral del trabajador.

4.23. Infracción de las normas sobre descanso vacacional

El numeral 25.6 del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo, considera como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el descanso vacacional.

Sobre los alcances de la disposición reglamentaria antes mencionada la SUNAFIL, en su Resolución No.546-2020-SUNAFIL/ILM de fecha 14 de setiembre de 2020, ha señalado lo siguiente:

> "3.12 El numeral 25.6 del RGLIT (...) engloba toda vulneración de las disposiciones relacionadas al descanso vacacional, pues no efectúa distinción de las facetas de los derechos que se generan como consecuencia – pago, descanso físico o indemnización, por lo que comprende también el incumplimiento de las disposiciones relacionadas al pago de la indemnización vacacional y al descanso vacacional, entre otras."

Bibliografía

Libros

- ALONSO GARCIA, Manuel. (1981). Curso de Derecho del Trabajo, Séptima Edición, Actualizada. Barcelona: Editorial Ariel.
- CABANELLAS, Guillermo. (1964). Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen II. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba Editores Libreros.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. (2001). Diccionario de Derecho Laboral. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2012). Diccionario de Derecho Laboral. Bogotá: Editorial THEMIS.

- FRESCURA Y CANDIA, Luis. (1986). Derecho Paraguayo del Trabajo y la Seguridad Social, Tercera Edición Corregida, Ampliada y Actualizada. Asunción: Editorial "El Foro".
- KROTOSCHIN, Ernesto. (1981). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, Cuarta Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- MARTINEZ VIVOT, Julio. (1988). Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2da. Edición corregida y actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2000). Derecho del Trabajo Individual, Quinta Edición. Lima: Ediciones Edial.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. (1980). Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, Derecho Individual del Trabajo, Primera Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú, un enfoque teórico -práctico. Lima: Gaceta Jurídica.

Obras colectivas

- PIROLO, Miguel Ángel y MURRAY, Cecilia. (2008). Jornada de trabajo, pausas y descansos. En Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

Revistas

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2002). Puntos críticos sobre las vacaciones en el sistema peruano. Ius et veritas, Número 25.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2005). Indemnización por falta de vacaciones: ¿Cuándo se genera el derecho? Revista Derecho y Sociedad, 25.

CAPÍTULO XVII

LA REPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Sumario: 1. Introducción. 2. Los accidentes de trabajo. 3. Las enfermedades profesionales. 4. Nociones generales sobre responsabilidad civil. 5. Naturaleza de la responsabilidad civil por contingencias laborales.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es un tópico muy poco estudiado, que presenta grandes complejidades que trataremos de desentrañar en el presente capítulo.

En el ámbito del Derecho Civil, si bien la doctrina sobre responsabilidad civil no es pacífica, encontramos que, a pesar de ello, los estudios han permitido llegar a ciertos puntos de coincidencia, lo que a permitido, a partir de los mismos, la interpretación y aplicación del derecho positivo, así, el surgimiento de una jurisprudencia frondosa. Ejemplo de este logro jurídico es la uniformidad que se tiene sobre los elementos de la responsabilidad civil, así como, la tendencia muy marcada a rechazar la responsabilidad objetiva.

Distinta es la cosa en el campo del Derecho Laboral, la doctrina es incipiente y está en maduración, no se diga mucho de la jurisprudencia que es muchas veces confusa y contradictoria y la legislación existente es escasa, presentando muchos vacíos e incoherencias. Podemos decir que en materia de responsabilidad civil laboral todo está todavía por hacer.

Un ejemplo de la disparidad doctrinaria la encontramos en la discusión existente si la responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es una obligación de medios o de resultados, habiéndose superado ya aquella discusión bizantina sobre su naturaleza contractual o extracontractual, pues, hoy en día, en nuestro medio, en la jurisprudencia se ha definido el triunfo de la primera posición.

La jurisprudencia laboral peruana ha tenido un avance respecto a definir la naturaleza de la responsabilidad civil por contingencias laborales como contractual; sin embargo, aún presenta debilidades, como aquella que es duramente criticada de haber establecido el criterio que la responsabilidad civil del empleador por infortunios laborales es objetiva graduada, dejando de lado los factores de atribución dolo, culpa inexcusable o culpa leve, para solo tenerlos en cuenta en tanto sirvan para graduar el mayor o menor monto de la indemnización a pagar, pero, nunca para excluir de responsabilidad al empleador.

En cuanto a la legislación, encontramos que, para los casos de responsabilidad civil por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, debemos recurrir a las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad contractual, las que, como sabemos, al no haber sido promulgadas con la intención de regular la responsabilidad de carácter laboral, deben ser interpretadas de una manera amplia por los jueces al momento de aplicarlas. A las normas del Código Civil deberá agregarse algunas disposiciones de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de agosto de 2011 (en adelante LSST), que contienen disposiciones relativas a responsabilidad civil del empleador. Igualmente, deberá tenerse en consideración el Decreto Supremo N.° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de abril de 2012 (en adelante el RLSST).

En las líneas siguientes, estudiaremos la responsabilidad civil por contingencias laborales, entendidas estas como accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

2. LOS ACCIDENTES DE TRABAJO

2.1. Definición de accidente de trabajo

Sobre accidentes de trabajo encontramos diversas definiciones, algunas de las cuales transcribiremos a continuación.

Según LÓPEZ GANDIA y otro (2019), siguiendo el ordenamiento jurídico español de seguridad social, define el accidente de trabajo de la manera siguiente: "Es toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" (p. 32).

Según CAMPOS RIVERA (2012):

> [...] accidente de trabajo es todo suceso repentino que sobreviene por causa o con ocasión del trabajo y que produce en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o la muerte. Es, también, accidente de trabajo, el que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad así sea fuera del lugar y de las horas de trabajo. Se considera accidente de trabajo, igualmente, el que se produce durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo proporcione el empleador (p.4).

La Decisión N.° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo define el accidente de trabajo en los términos siguientes:

> Accidente de trabajo: Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Las legislaciones de cada país podrán definir lo que se considere accidente de trabajo respecto al que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa.

En nuestro derecho positivo, el glosario de términos contenido en el Reglamento nos brinda la definición de accidente de trabajo siguiente:

Accidente de trabajo (AT): Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo.

También en el campo de la legislación vigente, el artículo 2.1 del Decreto Supremo N.° 003-98-SA, que aprueba las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de abril de 1998 (en adelante SCTR) establece la definición de accidente de trabajo que se transcribe a continuación:

> [...] se considera accidente de trabajo toda lesión orgánica o perturbación funcional causada en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo, por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona del trabajador o debido a un esfuerzo del mismo.

Asimismo, el artículo 2.2 del SCTR considera como accidentes de trabajo los hechos siguientes:

a) El que se produce durante la ejecución de órdenes de la Entidad Empleadora o bajo su autoridad, aun cuando se produzca fuera del centro de trabajo y de las horas de trabajo.
b) El que se produce antes, durante y después de la jornada laboral o en las interrupciones del trabajo, si el trabajador se hallara por razón de sus obligaciones laborales, en cualquier centro de trabajo de la Entidad Empleadora, aunque no se trate de un centro de trabajo de riesgo ni se encuentre realizando las actividades propias del riesgo contratado.
c) El que sobrevenga por acción de la Entidad Empleadora o sus representantes o de tercera persona, durante la ejecución del trabajo.

Las definiciones que se desprenden del texto del SCTR son de especial aplicación a los casos previsionales relacionados con el trabajo de riesgo, pero nada obsta para que puedan ser utilizadas como herramienta de interpretación al momento de resolver casos de naturaleza laboral en los cuales no se encuentren en discusión temas pensionarios.

Queda claro de lo dicho en líneas anteriores que, el accidente mientras el trabajador se traslada de su domicilio a su lugar de trabajo y viceversa no constituye un accidente de trabajo, salvo los casos de excepción en que la norma legal haya previsto expresamente lo contrario.

2.2. Elementos del accidente de trabajo

De la definición de accidente de trabajo se desprende que en el mismo convergen tres elementos: la causa externa, la instantaneidad y la lesión, que incluso puede ser mortal.

La **causa externa**, implica la existencia de un agente extraño a la víctima que es el que le produce el daño.

El agente extraño pueden ser personas, materiales, maquinarias y equipos o el ambiente mismo en que se realiza el trabajo.

La **instantaneidad,** significa que el hecho generador del accidente ocurre en un tiempo muy breve, es decir, en forma súbita; ello no significa que sus consecuencias deban ser apreciadas en forma externa de inmediato.

La lesión, son los traumas internos o externos que sufre la víctima como consecuencia del accidente, los mismos que, incluso, pueden llegar a producir un resultado mortal instantáneo o posterior.

2.3. Clases de accidentes de trabajo

Existen diversas formas de clasificar los accidentes de trabajo; sin embargo, para efectos prácticos, adoptaremos operativamente la contenida en el Glosario de Términos que contiene el RLSST, según el cual, los accidentes de trabajo pueden adoptar las formas siguientes:

1. Accidente Leve: Suceso cuya lesión, resultado de la evaluación médica, que genera en el accidentado un descanso breve con retorno máximo al día siguiente a sus labores habituales.

2. Accidente Incapacitante: suceso cuya lesión, resultado de la evaluación médica, da lugar a descanso, ausencia justificada al trabajo y tratamiento. Para fines estadísticos, no se tomará en cuenta el día de ocurrido el accidente. Según el grado de incapacidad los accidentes de trabajo pueden ser:
   2.1. Total Temporal: cuando la lesión genera en el accidentado la imposibilidad de utilizar su organismo; se otorgará tratamiento médico hasta su plena recuperación.
   2.2. Parcial Permanente: cuando la lesión genera la pérdida parcial de un miembro u órgano o de las funciones del mismo.
   2.3. Total Permanente: cuando la lesión genera la pérdida anatómica o funcional total de un miembro u órgano; o de las funciones del mismo. Se considera a partir de la pérdida del dedo meñique.
3. Accidente Mortal: Suceso cuyas lesiones producen la muerte del trabajador. Para efectos estadísticos debe considerarse la fecha del deceso.

2.4. Causas de los accidentes

Sobre las causas que originan los accidentes de trabajo hay numerosas explicaciones; sin embargo, al igual que lo hicimos anteriormente, asumiremos como válidas las causales contenidas en el Glosario de Términos del RLSST, el cual señala las causales siguientes:

Causas de los Accidentes: Son uno o varios eventos relacionados que concurren para generar un accidente. Se dividen en:

1. **Falta de control:** Son fallas, ausencias o debilidades administrativas en la conducción del empleador o servicio y en la fiscalización de las medidas de protección de la seguridad y salud en el trabajo.
2. **Causas Básicas:** Referidas a factores personales y factores de trabajo:
   2.1. **Factores Personales.-** Referidos a limitaciones en experiencias, fobias y tensiones presentes en el trabajador.

2.2. **Factores del Trabajo.-** Referidos al trabajo, las condiciones y medio ambiente de trabajo: organización, métodos, ritmos, turnos de trabajo, maquinaria, equipos, materiales, dispositivos de seguridad, sistemas de mantenimiento, ambiente, procedimientos, comunicación, entre otros.

3. **Causas Inmediatas.-** Son aquellas debidas a los actos condiciones subestándares.
   3.1. **Condiciones Subestándares:** Es toda condición en el entorno del trabajo que puede causar un accidente.
   3.2. **Actos Subestándares:** Es toda acción o práctica incorrecta ejecutada por el trabajador que puede causar un accidente.

3. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

3.1. Definición de enfermedad ocupacional

El término "enfermedad profesional" recibe distintas definiciones, tanto en la doctrina como en el derecho positivo, razón por la cual, antes de presentar una definición propia citaré algunas de relevancia en la doctrina y la legislación.

Para la OIT (2011), la expresión enfermedad profesional "[...] designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral" (p.7).

Según el Diccionario de CABANELLAS (2001) tenemos que:

> A efectos de los riesgos laborales, por enfermedad profesional se entiende la provocada por el ejercicio habitual de una ocupación subordinada, con efectos más o menos perjudiciales para la salud del trabajador.
> Proviene del desempeño de una tarea peculiar en determinado ramo de la actividad, propenso a originar padecimientos fisiológicos o psíquicos, ya se deba la resultante a la realización de las labores o sea efecto de las condiciones especiales o excepcionales en que se desempeñan (p. 228).

CAMPOS (2012), haciendo la diferenciación entre las enfermedades profesionales con los accidentes de trabajo nos dice lo siguiente:

> Enfermedades profesionales. A diferencia de los accidentes de trabajo que, en la generalidad de los casos obedecen a los riesgos 'generales' que ofrece toda actividad laboral, las enfermedades profesionales, en cambio, obedecen a los riesgos específicos que cada actividad implica. Por ello, la ley define la enfermedad profesional diciendo que es 'todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, y que haya sido determinada como enfermedad profesional por el gobierno nacional.
>
> De esta definición se deduce que la diferencia fundamental entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo radica en las circunstancias en que el organismo del trabajador se ve afectado, pues mientras en el accidente el suceso se produce en forma intempestiva e imprevista, en la enfermedad profesional, por el contrario, su aparición obedece a un proceso de formación que va disminuyendo la capacidad laboral del trabajador, a medida que avanza (p. 2018).

La Decisión N.° 584, adoptada en la Décimo Segunda Reunión Ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el 07 de mayo de 2004, en Guayaquil – Ecuador, define la enfermedad profesional como "[...] una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral".

Según el artículo 3.° del SCTR "[...] se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar".

Según el Glosario de Términos contenido en el RLSST, la enfermedad profesional "Es una enfermedad contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo relacionados con el trabajo".

Por nuestra parte, consideramos que la enfermedad profesional puede definirse como un estado patológico crónico o temporal que afecta la salud física o mental del trabajador, cuyo origen se encuentra en las labores que desempeña o en el medio donde desarrolla dichas labores.

3.2. Clasificación de las enfermedades ocupacionales según la OIT

La medicina de trabajo establece diversas clasificaciones de las enfermedades profesionales; sin embargo, para efectos de esta obra, solo presentaremos la elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la vigente según la legislación nacional.

En el ámbito internacional, tenemos que, según la Lista de Enfermedades Profesionales (revisada 2010) de la OIT, estas afecciones se clasifican de la siguiente manera:

a. Enfermedades profesionales causadas por la exposición con agentes que resulten de las actividades laborales: enfermedades causadas por agentes químicos, enfermedades causadas por agentes físicos, causadas por agentes biológicos y enfermedades infecciosas o parasitarias.
b. Enfermedades profesionales según el órgano o sistema afectado: enfermedades del sistema respiratorio, enfermedades del sistema osteomuscular, trastornos mentales y del comportamiento.
c. Cáncer profesional.
d. Otras enfermedades.

3.3. Clasificación de las enfermedades ocupacionales según la legislación peruana

En el ámbito nacional, la Resolución Ministerial N.° 480-08/MINSA, del 14 de julio de 2008, modificada por la Resolución Ministerial N.° 798-2010-MINSA, del 14 de octubre de 2010, clasifica las enfermedades profesionales en los grupos siguientes:

- Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos.
- Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.
- Grupo 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.
- Grupo 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.
- Grupo 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.
- Grupo 6: Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.

4. NOCIONES GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

En nuestro ordenamiento legal no existe impedimento alguno para que el trabajador que es víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional pueda demandar el pago de una indemnización de daños y perjuicios contra su empleador. En la medida que el empleador tiene el deber de garante de la vida, la salud y la seguridad de los trabajadores, resulta perfectamente posible que tenga que reparar los daños causados por el incumplimiento de su deber de prevención.

Es por la razón antes indicada que, para poder ingresar al estudio de la responsabilidad civil por accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, es necesario que, previamente, repasemos algunos conceptos básicos de la responsabilidad civil en general.

4.1. Definición de responsabilidad civil

La responsabilidad civil podemos definirla como la obligación de indemnizar que se origina como consecuencia de un daño provocado por el incumplimiento de una obligación convenida entre las partes, en los supuestos de responsabilidad contractual, o de reparar el daño causado a otro sin que exista vinculación previa, en el caso de la responsabilidad extracontractual.

4.2. Clases de responsabilidad civil

Existen dos tipos de responsabilidad civil, que a saber son: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad civil contractual, se define como el deber de resarcir los perjuicios generados como consecuencia del incumplimiento de una obligación contenida en un contrato.

La responsabilidad civil extracontractual, por otro lado, es el deber de resarcir el daño producido como consecuencia de un hecho que es independiente a cualquier relación jurídica preexistente entre las partes.

4.3. Elementos de la responsabilidad civil

Como toda institución jurídica, la responsabilidad civil tiene sus elementos; es decir, sus partes integrantes respecto de las cuales debe basarse su análisis, las que a saber son: la conducta antijurídica, el daño, el nexo causal y los factores de atribución.

a) **La conducta antijurídica**

Está constituida por aquellas conductas que implican una violación del ordenamiento jurídico a través de hechos ilícitos, hechos abusivos o hechos excesivos.

b) **El daño**

El daño es todo detrimento o lesión que en sus bienes jurídicos sufre un sujeto de derecho por acción u omisión de un tercero, pudiendo incidir este menoscabo en su esfera personal, patrimonial o ambas.

c) **El nexo causal**

Es la relación de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar.

d) **Factores de atribución**

Los factores de atribución son aquellas conductas que justifican que la transmisión de los efectos económicos del daño de la víctima sea asumida por el responsable del mismo.

En materia de responsabilidad contractual, el factor de atribución es la culpa, mientras que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, son la culpa y el riesgo creado, regulados por los artículos 1969.° y 1970.° del Código Civil.

Tratándose de responsabilidad contractual, el factor de atribución que nos interesa es la culpa, la cual presenta tres grados de intensidad, que a saber son: el dolo, la culpa leve y la culpa inexcusable, los mismos que están previstos en los artículos 1318.°, 1319.° y 1320.° del Código Civil, donde se precisa lo siguiente:

Dolo

Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Culpa inexcusable

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Culpa leve

> Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

5. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTINGENCIAS LABORALES

Cuando se celebra un contrato de trabajo, fuere este verbal o escrito, nace como obligación principal por parte del empleador la de pagar la remuneración y, por parte del trabajador, la prestación personal de sus servicios; sin embargo, estos no son los únicos deberes que se originan en dicho contrato, sino también otros, como es el caso del deber de seguridad o protección que tiene el empleador frente a sus trabajadores.

La doctrina *jus* laboralista acepta esta obligación patronal. Para DEVEALI (1964) el deber de seguridad, al que denomina garantía de seguridad, está constituido por: "[...] la serie de obligaciones que tiene la empresa durante la vigencia de la relación laboral de proteger la vida y la salud del trabajador" (p. 494).

A su vez, THAYER y NOVOA (1980), consideran que el deber general de protección del empleador frente a sus trabajadores forma parte del contenido ético- jurídico del contrato de trabajo, imponiendo el mismo:

> "[...] como obligación principal al empleador la de preocuparse por la persona del trabajador y de sus legítimos intereses, en tanto cuanto le es posible. Esta obligación tiene múltiples manifestaciones concretas; su actualización en los hechos será siempre funcional a la realidad humana que se trata de proteger" (p. 322).

Por su parte, MARTÍNEZ VIVOT (1988), considera que entre los deberes del empleador que se derivan del contrato de trabajo está el deber de seguridad, el cual "Se refiere esencialmente a la protección de la integridad psicofísica del trabajador y a su dignidad" (p. 141).

En la misma línea de pensamiento que los autores antes citados, FRESCURA Y CANDIA (1975) considera al empleador como deudor de seguridad frente al trabajador, opinando lo siguiente:

> [...] el trabajador se encuentra colocado bajo la autoridad y dependencia del empleador, durante la ejecución de la obra o prestación del servicio convenido. La instalación del material, el empleo de los útiles y las instrucciones para el trabajo, conciernen al empleador o a su representante, en virtud del poder de mando y dirección. Por consiguiente, debe correr a cargo del empresario la adopción de las medidas idóneas para garantizar la salud, integridad orgánica y seguridad del trabajador, a fin de restituir a este sano y salvo, como se había entregado en la ejecución del trabajo (p. 513).

Según los autores citados, el deber de otorgar higiene y seguridad en el trabajo es una obligación que emana del contrato de trabajo; en ese sentido, su cumplimiento es de trascendencia superior y no de simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico, pues, ella advierte a la prevención de los riesgos profesionales, lo que interesa a la comunidad entera por múltiples razones éticas, sociales y económicas.

Las medidas de seguridad e higiene laboral muchas veces están contenidas en normas legales y reglamentarias; sin embargo, ello no desvirtúa el carácter contractual del deber de seguridad, porque, este no se agota con solo acatar esas disposiciones legales, sino que es necesario que el empleador, como bien lo dice ALONSO OLEA (2000), por ser quien controla el lugar de trabajo, tome las acciones que permitan:

> [...] reducir al mínimo, según criterios de nuestra civilización y cultura y los medios tecnológicos que una y otra ofrecen, tanto la insalubridad como la peligrosidad del medio, reduciendo los riesgos del trabajo a los mínimos "aceptables" según estos criterios y adaptando su conducta así al paradigma del "empresario prudente", más exigente que el de la persona media o "normal" (Aparicio); en cuanto, por otro lado, está implicada en el trabajo, y la protegida es en sustancia, la persona del trabajador [...] (p. 229).

Nuestra jurisprudencia ha determinado que, tratándose de infortunios laborales, por presentarse estos durante la ejecución de un contrato de trabajo o como consecuencia del mismo, la responsabilidad que atañe al empleador es

responsabilidad civil contractual, así lo reconoció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación N.° 2142-2002, del 09 de diciembre de 2002, en la cual, se discutía el pago de una indemnización por daños y perjuicios reclamada por un trabajador minero enfermo de silicosis, cuando revocó la sentencia de vista que había amparado la demanda sobre la base de considerarla un caso de responsabilidad extracontractual y la declaró improcedente.

La Sala Civil Suprema sustentó su decisión expresando, entre otras, las consideratívas siguientes:

> Cuarto: Que, ya sobre el fondo de la cuestión controvertida, según la argumentación fáctica de la demandada, los daños se han manifestado al verse afectado al actor con la enfermedad profesional de silicosis, sufrida a causa de trabajos, los trabajos de excavación minera desprovistos de los aparatos de protección; Quinto: Que, de lo expuesto, se advierte que los Daños y Perjuicios sufridos por el actor se han producido en el marco de una relación contractual existente entre este en su condición de trabajador, y la Compañía Minera Huarón S.A., como su empleadora [...]; Sexto: Que, estando al considerando anterior dado que lo pretendido por el demandante está regulado por las reglas de la responsabilidad contractual o de inejecución de obligaciones, el actor debió tramitar su pretensión indemnizatoria mediante acción pertinente y no bajo los cauces de la responsabilidad extracontractual.

Debe tenerse en consideración también, que la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo N.° 2 del I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, realizado en Lima los días 04 y 14 de mayo de 2012, acordó lo siguiente:

> Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional.

De las citas antes transcritas podemos concluir que la responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es de naturaleza contractual.

5.1. La antijuricidad en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Según TABOADA (2001), las conductas antijurídicas "[...] pueden ser típicas en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico" (p. 28).

Siguiendo el criterio citado podemos decir que, en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la antijuridicidad es típica, porque implica el incumplimiento de una obligación inherente al contrato de trabajo como es el brindar al trabajador las condiciones de higiene y seguridad que le permitan ejercer sus labores sin perjudicar su salud. Es por este motivo que, en principio, existe la presunción de responsabilidad patronal por los accidentes o enfermedades que el trabajador sufra o adquiera en su centro laboral, respectivamente.

El artículo 52.° de la LSST establece la obligación del empleador de pagar las indemnizaciones por daños y perjuicios a las víctimas o sus derechohabientes por el incumplimiento de su deber de prevención que haya ocasionado accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

5.2. La relación causal en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Está constituida por el nexo entre la conducta antijurídica con el daño causado. La relación causal permite establecer cuáles son los hechos determinantes del daño.

BELTRÁN (2004) nos dice lo siguiente:

> [...] la relación causal es de vital importancia porque nos permitirá determinar entre una gama de hechos vinculados a la verificación del daño, cuál es el "hecho determinante del daño" (determinándose al causante o responsable material), lo que nos acercará al "supuesto responsable jurídico del daño" [...] (p. 956).

La relación de causalidad permite vincular el daño con la conducta causante del mismo.

En el campo laboral, la relación causal exige, en primer lugar, la existencia del vínculo laboral y, en segundo lugar, que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produzcan como consecuencia de la ejecución del trabajo realizado en mérito a ese vínculo laboral.

Para que exista nexo causal es necesario que se pueda afirmar que el estado patológico del trabajador es una consecuencia necesaria del accidente de trabajo que sufrió o de las circunstancias ambientales en que laboró; sin embargo, si se tratara de accidentes o enfermedades no relacionadas con el trabajo no existiría posibilidad de reclamar indemnización alguna al empleador.

5.3. Los factores de atribución en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Según el Acuerdo 1 del VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional del año 2017, el empleador, como garante de la seguridad del trabajador, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador.

Esta es, sin lugar a dudas, una responsabilidad objetiva, por lo que, ya no resulta necesaria la prueba de los factores de atribución previstos en el Código Civil (dolo, culpa inexcusable y culpa leve), sino solamente la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional y el daño sufrido.

Si bien ocurrida la contingencia surge la responsabilidad patronal de indemnizar, esto no significa que el juez no tenga que evaluar la mayor o menor contribución del empleador o el trabajador al resultado dañoso, pues, el resultado de esta evaluación le permitirá graduar económicamente el monto indemnizatorio.

Por ejemplo, será mucho menor el monto que pague un empleador que cumple con todos los estándares de seguridad, si ocurre un accidente como consecuencia de la irresponsabilidad de un trabajador que no respeta el reglamento de seguridad y salud en el trabajo.

La Corte Suprema al resolver la Casación Laboral N.° 4258-2016 LIMA, del 30 de setiembre de 2016, ha establecido como doctrina jurisprudencial el criterio siguiente:

> "Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332 del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo".

Este criterio, de acuerdo con el artículo 22.° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de aplicación obligatoria por los jueces, salvo que se aparten del mismo en decisión debidamente motivada.

5.4. El daño en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Nuestro Código Civil no define el daño, por lo que, para responder a la pregunta ¿qué es el daño?, se debe recurrir, en primer lugar, a la Doctrina para luego formular una definición propia.

Según TABOADA (2001):

> [...] se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión (p. 29).

Por nuestra parte, definimos el daño como todo detrimento o lesión que en sus bienes jurídicos sufre un sujeto de derecho por acción u omisión de un tercero, pudiendo incidir este menoscabo en su esfera personal, patrimonial o ambas.

La esfera personal está referida tanto al aspecto físico o mental del individuo como al entorno social dentro del cual se interrelaciona. Por su parte, la esfera patrimonial comprende los bienes materiales o inmateriales que conforman el patrimonio del sujeto afectado.

La presencia del daño es fundamental para que exista responsabilidad civil, pues, de lo contrario, no habría nada que reparar o resarcir, no constituyendo un problema de responsabilidad civil. En tal sentido, para que un daño sea reparable

se exige que: el mismo sea cierto, no haya sido indemnizado anteriormente, que exista relación entre quien causa el daño y la víctima del mismo y, finalmente, que el mismo haya sido injusto.

Como se ha dicho anteriormente, el daño implica una lesión a la esfera personal o patrimonial del sujeto de derecho, siendo el caso que, tratándose de responsabilidad contractual, según el acuerdo tomado al respecto en el literal a) del Tema N.° 02 del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del año 2012, en los casos de enfermedades profesionales la responsabilidad contractual comprende tanto el daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), así como, el daño moral. Este criterio también resulta válido para los accidentes de trabajo.

a) El daño emergente

Está referido a los costos que ha originado la reparación del daño y los demás gastos que se vayan a ocasionar como consecuencia del evento perjudicial sufrido.

En el caso de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, podemos considerar dentro de este rubro los gastos de atención médica, hospitalización, cirugía, medicinas, servicios de apoyo al diagnóstico, rehabilitación, aparatos de prótesis y todos aquellos de naturaleza similar que resulten necesarios para la recuperación del trabajador, fuere total o parcialmente.

Sobre el daño emergente y su forma de calcularlo, ALTAMIRA (1989) nos dice lo siguiente:

> Tanto en la incapacidad parcial como en la total, el daño emergente significa el menoscabo que ha sufrido el patrimonio de la víctima, a causa del infortunio laboral: gastos sanatoriales o de internación, medicamentos, honorarios médicos, estudios radiográficos, análisis, tratamiento de rehabilitación, etcétera. Si el accidente resulta mortal, habrá que añadirle las erogaciones originadas por el sepelio. En las hipótesis expuestas, nos encontraremos, de ordinario, con las consecuencias económicas que han surgido a consecuencia de un daño y, por ende, su monto es fácilmente determinable. Basta con sumar distintos conceptos y se llegará a una cantidad cierta de dinero, porque se trata de un daño emergente actual. Pero en algunos casos será necesario continuar el tratamiento por un tiempo que suele no ser fácil de predecir; habrá entonces un daño emergente futuro, que es la secuela

inevitable del hecho dañoso. Como su monto puede ser indeterminado, el juzgador habrá de establecerlo prudencialmente (pp. 159-160).

Por nuestra parte, consideramos que los gastos que origina el daño emergente no solo deben ser probados en principio, sino que deben justificarse en relación al accidente o enfermedad. El trabajador afectado no debe incurrir en gastos excesivos o innecesarios, sino los razonables recomendados por la ciencia médica para el tratamiento de la contingencia que lo afecta.

b) El Lucro Cesante

Es el perjuicio económico o daño patrimonial que se configura como los ingresos dejados de percibir por el trabajador como consecuencia de la incapacidad para el trabajo producida por el accidente o la enfermedad profesional que adolece, la cual, puede tener carácter temporal o permanente.

c) Daño Moral

Como se ha dicho anteriormente, el daño moral es indemnizable en el caso de infortunios laborales, pues, dicho resarcimiento, de acuerdo con el artículo 1322.° del Código Civil, es procedente en los casos de responsabilidad contractual.

Somos de la opinión que, no existiendo actualmente ningún sistema de seguro que cubra el daño moral, resulta posible que el mismo deba ser reclamado y reconocido en un proceso de indemnización por daños y perjuicios de carácter laboral.

d) Daño a la Persona

Nuestro Código Civil contempla el daño a la persona en su artículo 1985.° dentro del capítulo relativo a Responsabilidad Extracontractual, motivo por el cual, al haberse determinado que la responsabilidad civil por enfermedades profesionales es de naturaleza contractual, opinamos que resulta improcedente reclamar indemnización alguna por esta clase de daño en sede laboral, pues, los jueces de trabajo resultan incompetentes para conocer de tal pretensión.

5.5. Prueba y Resarcimiento del Daño

Según el artículo 1331.° del Código Civil: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Aplicando la norma citada al ámbito de la responsabilidad por infortunios laborales tenemos que, siguiendo la teoría de la responsabilidad contractual imperante en nuestro medio, el trabajador, además de probar el vínculo laboral por mandato del artículo 23.° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, está obligado a probar que sufrió un accidente de trabajo o que adolece de la enfermedad profesional que alega; así como, los daños sufridos como consecuencia de dichas contingencias. Si el trabajador no cumpliera con su carga probatoria el empleador deberá ser absuelto.

El I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del año 2012, en el literal c) de su Tema N.° 02, sobre el tema probatorio adoptó el acuerdo siguiente: "Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales".

Por su parte, el empleador no podrá liberarse de responsabilidad invocando que actuó con la diligencia ordinaria para evitar que la contingencia laboral se presente, pues, está obligado a pagar indemnizaciones a los trabajadores víctimas de las contingencias o a sus derechohabientes cuando fuera el caso, por mandato del Artículo II del Título Preliminar y el artículo 53.° de la LSST.

Distinto es el caso en que el trabajador ha probado el daño, pero, no la cuantía del mismo, en este caso, el juez, aplicando el literal d) del Tema N.° 02 del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del año 2012, deberá establecerla en uso de la atribución conferida por el artículo 1332.° del Código Civil, según el cual "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

Bibliografía

Libros

- ALONSO OLEA, Manuel. (2000). Derecho del Trabajo, 19ª. Edición. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. (2001). Diccionario de Derecho Laboral, 2ª. Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2012). Diccionario de Derecho Laboral. Bogotá: Editorial Temis.
- DEVEALI, Mario. (1964). Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo I. Buenos Aires: Editora La Ley S.A.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis. (1986). Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, 3ª. Edición Corregida y Actualizada. Asunción: Editorial El Forro.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. (1988). Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2ª. Edición Corregida y Actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Organización Internacional del Trabajo. (2011). Listado de Enfermedades Profesionales (Revisada 2010), Segunda impresión. Ginebra: OIT.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. (2001). Elementos de la Responsabilidad Civil, Primera Reimpresión. Lima: Editorial Grijley EIRL.
- THAYER ARTEAGA, William y Patricio NOVOA FUENZALIDA. (1980). Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, 1ª. Edición. Santiago de Chile: Editora Jurídica de Chile.

Obras colectivas

- ALTAMIRA GIGENA, Raúl E. (1989). Accidentes y Enfermedades de Trabajo. En Manual de Derecho de la Seguridad Social. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge. (2004). Comentario del artículo 1329º del Código Civil. En Código Civil comentado, Tomo VI, Primera Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

CAPÍTULO XVIII
EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de hostigamiento sexual. 3. Elementos de la definición de hostigamiento sexual según la LPSHS. 4. Ámbito de aplicación de la LPSHS. 5. Sujetos en el hostigamiento sexual. 6. Clases de hostigamiento sexual. 7. Manifestaciones del hostigamiento sexual. 8. Responsabilidad del empleador en el régimen laboral privado. 9. Consecuencias en el régimen laboral privado. 10. Sanción a los hostigadores. 11. Procedimiento judicial. 12. La prueba en el hostigamiento sexual.

1. INTRODUCCIÓN

La expresión "violencia y acoso" ha sido establecida por el Convenio N.° 190, Convenio sobre violencia y acoso, 2019, aprobado durante la 108ª. Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la cual, también se aprobó la Recomendación N.° 206, Recomendación sobre la violencia y acoso, 2019.

El numeral 1 del artículo 1.° del Convenio N.° 190 define la expresión "violencia o acoso" en los términos siguientes:

> 1. A efectos del presente convenio:
> a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico,

psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como conceptos separados.

En el Perú, la protección de la indemnidad sexual del trabajador se encuentra regulada por la Ley N.° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, modificada por la Ley N.° 29430, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de febrero de 2003 y el 8 de noviembre de 2009; respectivamente, y modificada, a su vez, por el Decreto Legislativo N.° 1410, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de setiembre de 2018 (en adelante LPSHS); así como, por el Decreto Supremo N.° 014-2019-MIMP, Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de julio de 2019 (en adelante el Reglamento).

En relación a la protección contra la "violencia y acoso por razón de género", encontramos que en nuestro derecho positivo se encuentra vigente la Ley N.° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de noviembre del 2015, modificada por el Decreto Legislativo N.° 1386 y por la Ley N.° 30862, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de setiembre de 2018 y el 25 de octubre de 2018, respectivamente.

La Ley N.° 30364 fue reglamentada por el Decreto Supremo N.° 009-2016-MIMP, el mismo que fue modificado por el Decreto Supremo N.° 004-2019-MIMP, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de julio de 2016 y el 07 de marzo de 2019, respectivamente.

En el ámbito de los espacios públicos, existe la Ley N.° 30314, Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 26 de marzo de 2015.

Además, debe tenerse presente que mediante Resolución de Superintendencia N.° 319-2019-SUNAFIL, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de octubre de 2019, se ha aprobado el "Protocolo de Fiscalización en Materia de Hostigamiento Sexual".

Este marco jurídico ha llevado a que, en las relaciones laborales, tanto dentro del régimen laboral de la actividad privada como del régimen laboral público, se establezcan límites para la conducta del empleador, los que, sin desconocer su poder de dirección, le impiden ingresar en ciertas esferas de la vida privada de sus trabajadores, las que deberán ser respetadas, tal como es su libertad sexual. Cualquier intromisión en este ámbito tan personal será considerada ilegal por el ordenamiento jurídico.

En las líneas siguientes estudiaremos el hostigamiento sexual en el ámbito del régimen laboral de la actividad privada.

2. DEFINICIÓN DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

En nuestra legislación se hace una diferenciación entre hostigamiento sexual y acoso sexual. El primero, está referido al ámbito laboral, educativo y de relaciones formativas, el segundo, junto con el chantaje sexual, han quedado restringidos al ámbito de la responsabilidad penal.

No es fácil establecer una definición de hostigamiento sexual que comprenda en toda su amplitud este problema; sin embargo, a continuación, presentaremos algunas vertidas por la doctrina y la legislación nacionales.

BALTA (2005) define el hostigamiento sexual como: "Toda conducta o comportamiento de carácter sexual que no es bienvenido por la persona a la que se dirige, y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo" (p. 25).

Por su parte, LLANOS (2006) formula la definición siguiente:

> El Hostigamiento sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una

> o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación *ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su* dignidad, así como sus derechos fundamentales (p. 299).

El artículo 4.° de la Ley N.° 27942, modificada por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1410, establece el concepto de hostigamiento sexual siguiente:

> El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear u ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que pueda afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole.

En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni reiterancia de la conducta.

El numeral 6.1 del artículo 6.° del Reglamento precisa la definición de hostigamiento sexual en los términos siguientes:

> Hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige. Esta conducta puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o afectar la actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole de la víctima, aunque no necesariamente se requiere dichas consecuencias.

3. ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL SEGÚN LA LPSHS

Si analizamos la definición contenida en el artículo 4.° de la LPSHS, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1410, tenemos los elementos siguientes: conducta sexual o sexista, conducta no deseada y afectación laboral.

a) Conducta sexual o sexista

Dada la dificultad que existe para determinar cuándo una conducta tiene carácter sexual o sexista, el legislador peruano, mediante el artículo 3.° del Reglamento, ha definido estos dos términos de la manera que a continuación se transcribe.

Conducta de naturaleza sexual: comportamientos o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual; tales como, comentarios e insinuaciones, observaciones o miradas lascivas, exhibición o exposición de material pornográfico, tocamientos, roces o acercamientos corporales, exigencias o proposiciones sexuales, contacto virtual, entre otras de similar naturaleza (artículo 3.° a del Reglamento).

Conducta sexista: comportamiento o actos que promuevan o refuercen estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o genero a otro (artículo 3 b del Reglamento).

b) Conducta no deseada

Una conducta es no deseada cuando la persona a quien afecta no la ha provocado y la considera ofensiva.

Tanto la LPSHS como su Reglamento han establecido que no es necesario que la conducta hostil sea reiterada o que la víctima la haya rechazado de manera expresa (último párrafo del artículo 4.° de la Ley y el numeral 6.2 del artículo 6.° del Reglamento).

c) Afectación laboral

La configuración del hostigamiento sexual implica que la conducta sexual o sexista del agresor o agresores afecte la actividad laboral de la víctima al perturbarla con un ambiente intimidatorio, hostil o humillante.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LPSHS

La LPSHS se aplica a situaciones de hostigamiento sexual producidas en el marco de relaciones laborales al servicio de empleadores particulares o públicos, sujetas al régimen laboral de la actividad privada (artículo 2.° del Reglamento).

Dejamos constancia que la LPSHS también se aplica a relaciones educativas o formativas, públicas o privadas, militares o policiales, regímenes laborales especiales o a cualquier otro tipo de relaciones de sujeción, sin importar el régimen contractual, fórmula legal o lugar de ocurrencia de los hechos; sin embargo, como lo expresamos anteriormente, en la presente obra solo trataremos del hostigamiento sexual de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

5. SUJETOS EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

En una relación de hostigamiento sexual encontramos dos sujetos claramente diferenciados, el hostigado y el hostigador:

a) **El hostigado (a):** Es toda persona, independientemente de su sexo, identidad de género u orientación sexual, que es víctima de hostigamiento sexual (artículo 3.° c del Reglamento).

b) **El hostigador (a):** Es toda persona, independientemente de su sexo, identidad de género u orientación sexual, que realiza uno o más actos de hostigamiento sexual (artículo 3.° d del Reglamento).

Comentando sobre el sujeto activo del hostigamiento sexual en la legislación venezolana, CARBALLO (2000), dice lo siguiente:

En este supuesto, el sujeto activo lo será el propio empleador –en atención a sus poderes de dirección y sanción en el seno de la empresa- o el superior jerárquico de la víctima, siempre que participe –en alguna medida- de aquellas facultades patronales (prevaliéndose de una situación de superioridad laboral") y que permitan –por tal virtud- presumir razonablemente la virtualidad de una amenaza tácita o expresa de lesionarle en la esfera de la relación de trabajo.

Eventualmente, pudiere también ostentar la condición de sujeto activo del acoso sexual, algún dirigente o representante sindical cuando, prevaliéndose de poderes (originariamente patronales) de decisión en el seno de la empresa, ejerciere coacción sobre un trabajador- o sobre quien pretendiere ostentar dicho status (acoso u hostigamiento sexual precontractual)- para obtener así favores sexuales. El supuesto indicado pudiere perfeccionarse a partir de la virtualidad de cláusulas sindicales o de consolidación sindical que –por ejemplo- obligaren al

empleador a solicitar a la organización sindical la postulación de quienes pudieren ocupar cargos vacantes en la empresa (cláusula *biring ball* o bolsa de trabajo), que impusieren el despido de un trabajador que fuere expulsado de la organización sindical o decidiere desafiliarse de éstas (cláusula *maintenance of membership* o conservación de la membresía), que impusiere como condición de ingreso a la empresa la afiliación previa del aspirante a la organización sindical (cláusula *closed shop* o de taller cerrado) o que, por fin, condicionare la conservación de la relación de trabajo a la afiliación del trabajador a la organización sindical dentro de un cierto lapso contado a partir del ingreso a la empresa (cláusula *union shop* o taller sindical) (p.81).

6. CLASES DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El artículo 4.° de LPSHS, modificado por la Ley N.° 29430, reconocía expresamente dos formas de hostigamiento sexual: el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual y el hostigamiento sexual ambiental.

La modificatoria de la LPSHS, introducida por el Decreto Legislativo N.° 1410, ha suprimido esta clasificación, haciendo referencia solo a hostigamiento sexual; sin embargo, esta deficiencia legal no significa que en la realidad no se presenten las dos formas de hostigamiento sexual originalmente previstas, ni que la doctrina no pueda diferenciarlas, tal como lo haremos a continuación.

a) El hostigamiento sexual típico o coacción sexual

Es la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como, sus derechos fundamentales.

Este hostigamiento sexual es el típico, obedece a un concepto de intercambio forzado, se le llama también *quid pro quo*. En este caso, el acosador condiciona una conducta suya relacionada al ámbito laboral a la complacencia en el ámbito sexual del acosado.

b) El hostigamiento sexual ambiental

Es la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad.

7. MANIFESTACIONES DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El artículo 6.° de la LPSHS, modificada por el Decreto Legislativo N.° 1410, considera que el hostigamiento sexual se puede manifestar de las maneras siguientes:

a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales.

b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad.

c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.

d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima.

e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.

f) Otras conductas que encajen en el concepto regulado por el artículo 4.° de la Ley.

8. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

Según el artículo 7.° de la LPSHS, modificada por la Ley N.° 29432, el empleador está obligado, bajo responsabilidad, a prevenir y sancionar las conductas que impliquen hostigamiento o acoso sexual, por tal motivo, deberá cumplir las obligaciones siguientes:

a) Capacitar a los trabajadores sobre las normas y políticas contra el hostigamiento sexual en la empresa.

   La norma reglamentaria dispone que es obligación del empleador, a través de las Oficinas de Personal o quien haga sus veces, capacitar y sensibilizar a los trabajadores sobre las conductas a sancionar por hostigamiento sexual a fin de promover un ambiente laboral saludable y un cambio de conductas contrarias al mismo.

b) Adoptar las medidas necesarias para que cesen las amenazas o represalias ejercidas por el hostigador, así como, las conductas físicas o comentarios de carácter sexual o sexista que generen un clima hostil o de intimidación en el ambiente donde se produzcan.

c) Informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los casos de hostigamiento sexual y el resultado de las investigaciones efectuadas para verificar el cumplimiento de la presente Ley.

8. CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

El artículo 8.° de la LPSHS, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1410, ha establecido las reglas siguientes:

a) Si el hostigador es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista, el hostigado puede optar entre accionar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización, dando por terminado el contrato de trabajo, conforme al artículo 35.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR (en adelante TUOLPCL). En este caso, no es exigible el emplazamiento al empleador por cese de hostilidad.

b) Independientemente de la categoría o cargo del hostigador, si el empleador o autoridad competente omite iniciar la investigación del caso o adoptar las medidas de protección y sanción correspondientes, la víctima también puede optar por los mecanismos señalados en el punto anterior.

c) En caso que se demande judicialmente el cese de hostilidad o pago de una indemnización por despido arbitrario, conforme al artículo 35.° del TUOLPCL, el plazo de caducidad es de treinta (30) días calendario de producido el último acto de hostigamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 36.° de la TUOLPCL (numeral 26.3 del artículo 26.° del Reglamento).

d) El cómputo del plazo inicia a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o indicio del mismo, salvo que se haya iniciado el procedimiento interno de investigación y sanción, en cuyo caso, el plazo se computa a partir del día siguiente de emitida la resolución que pone fin al procedimiento o, en su defecto, desde la fecha en la que esta debió ser emitida (numeral 26.4 del artículo 26.° del Reglamento).

10. SANCIÓN A LOS HOSTIGADORES

En caso se determine la existencia del acto de hostigamiento sexual, las sanciones aplicables dependerán de la gravedad, pudiendo ser: amonestación, suspensión o despido (numeral 8.3 del artículo 8.° de la LPSHS, modificado por Decreto Legislativo N.° 1410).

El hostigador puede ser sancionado, según la gravedad de los hechos, con amonestación, suspensión o despido inclusive, pues, la Primera Disposición Final Complementaria de la Ley N.° 27942 ha adicionado el literal i) al artículo 25.° del TUOLPCL, considerando como falta grave causal de despido la conducta siguiente: "i) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo".

En caso la queja recaiga sobre la autoridad de mayor jerarquía, el procedimiento interno no resulta aplicable, teniendo el trabajador el derecho a interponer una demanda por cese de hostilidad, de acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 35.° del TUOLPCL.

11. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Tal como se expresó anteriormente, el trabajador que se considere víctima de un acto de hostigamiento sexual puede recurrir a la vía judicial demandando el cese del acto de hostilidad sexual o recurrir al despido indirecto por hostigamiento sexual, dando por terminada la relación laboral y demandando la correspondiente indemnización por despido que se calculará conforme al artículo 38.° del TUOLPCL; además, en este último caso, podrá demandar en forma acumulada los beneficios sociales que le correspondan de acuerdo a la ley (artículo 8.° de la LPSHS y el numeral 26.3 del artículo 26.° del Reglamento).

De acuerdo con el numeral 26.1 del artículo 26.° del Reglamento, la víctima de hostigamiento sexual puede demandar directamente los daños y perjuicios sufridos, por lo tanto, consideramos que es posible, e incluso recomendable, que dicho concepto pueda ser demandado acumulativamente en el proceso de cese de actos de hostilidad o de despido indirecto.

11.1. Juez competente y vía procedimental

El juez competente es el juez especializado de trabajo y la vía procedimental es la del proceso ordinario laboral (literal d del inciso 1 del artículo 2.° de la NLPT).

El juez competente puede, de oficio o a pedido de parte, disponer que el procedimiento judicial sea de carácter reservado (artículo 9.° de la LPSHS).

La publicidad solo procede para la resolución o decisión final.

11.2. Cuestiones previas

Cuando el autor del presunto acto de hostilidad sea el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista y la víctima opte por el despido indirecto, no es exigible la comunicación previa al empleador de cese de hostilidad previsto en el artículo 30.° del TUOLPCL para que proceda la demanda (numeral 26.1 del artículo 26.° del Reglamento).

Asimismo, en ningún caso se puede exigir como requisito de procedencia haber recurrido previamente al procedimiento de investigación y sanción regulado por la LPSHS y su Reglamento (artículo 8.° del Reglamento).

11.3. Plazo de caducidad

Se aplica el plazo de caducidad de treinta (30) días naturales previsto en el artículo 36.° del TUOLPCL, computados a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o indicio del mismo (artículo 10.° de la LPSHS y el numeral 26.3 del artículo 26.° del Reglamento).

En el caso que se haya iniciado el procedimiento interno de investigación y sanción, el plazo de caducidad se computa a partir del día siguiente de emitida la resolución que pone fin al procedimiento o, en su defecto, desde la fecha que esta debió ser emitida (numeral 26.4 del artículo 26.° del Reglamento).

11.4. Litisconsorcio necesario

En los procesos relativos a hostigamiento sexual se debe demandar no solo al empleador sino también al o los trabajadores que han incurrido en actos de hostigamiento, pues, tienen legitimo interés en el resultado del proceso, debido a que, como consecuencia del mismo, podrían ser objeto de una sanción de amonestación, suspensión e, incluso, despido (artículo 8.° de la LPSHS y numeral 22.2 del artículo 22.° del Reglamento).

11.5. La falsa queja

Cuando la queja o demanda de hostigamiento sexual es declarada infundada por resolución firme y queda acreditada la mala fe del demandante, la persona a quien se le imputan los hechos en la queja o demanda tiene expedito su derecho a interponer judicialmente las acciones pertinentes. En este caso, el supuesto hostigado denunciante queda obligado a pagar la indemnización que fije el juez respectivo.

El empleador, por el mérito de sentencia firme que declare infundada la queja o demanda de hostigamiento, puede resolver justificadamente el contrato de trabajo con el trabajador privado. Para el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se procederá al cese definitivo (Décima Disposición Final y Complementaria de la LPSHS).

12. LA PRUEBA EN EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

Para nosotros, la prueba debe ser estudiada siguiendo una concepción tridimensional: como fuente, como medio y como elemento de convicción.

La prueba como **fuente**, la ubicamos en un ámbito extra procesal, como un hecho ocurrido en la realidad que puede o no ser invocado en un juicio.

La prueba como **medio,** la ubicamos ya en el ámbito procesal, debe entenderse como la incorporación válida al proceso de la fuente de prueba.

La prueba como **elemento de convicción**, ubicada también en el ámbito procesal, debe ser entendida como la valoración por el juez de las fuentes de prueba, que han sido incorporadas a través de los medios de prueba al proceso.

El hostigamiento sexual puede acreditarse mediante cualquiera de los medios probatorios típicos reconocidos por la NLPT o por alguno de los medios probatorios atípicos a que se refiere el artículo 191.° del Código Procesal Civil (en adelante CPC).

Consideramos que, en el proceso de cese de hostilidad por hostigamiento sexual o de despido indirecto por la misma causa, resultan aplicables la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos (escritos y digitales), las pericias informáticas y psicológicas, así como, la inspección judicial. La utilidad de estos medios probatorios será explicada a continuación.

12.1. La declaración de parte

Siguiendo una concepción tradicional, contenida en el artículo 213.° del CPC, la declaración de parte puede definirse como la declaración verbal que realiza ante el juez una de las partes en el proceso a pedido de su contraparte, sobre los hechos que son materia de la controversia.

Para que la declaración de parte resulte un medio probatorio eficaz en los procesos de cese por hostigamiento sexual, se necesita, en primer lugar, que el juez tenga suficiente amplitud de criterio para interpretar el artículo 213.° del CPC, aceptando recibir la declaración no solo a solicitud de la contraparte, sino también la solicitud de declarar ante el juez de la parte que la ofrece.

Un adecuado examen directo y un buen contraexamen permitirán explicar ante el juez, con mayor claridad y precisión, los hechos controvertidos, cosa que muchas veces no es posible solamente en el escrito de demanda o de contestación. Aquí cobra vital importancia el principio de inmediación.

12.2. La declaración testimonial

Los testigos son personas que pueden aportar información valiosa sobre los hechos materia de actuación probatoria, sea porque los han presenciado u oído o porque les han sido contados por terceros, resultando, por ello, necesario incorporar al proceso sus versiones.

Los testigos deben ser examinados por la parte que los ofrece y pueden ser contraexaminados por la contraria.

En los procesos por hostigamiento sexual, la prueba de testigos cobra gran importancia, sobre todo cuando no existen documentos, y solo se tiene las versiones contradictorias de quien alega haber sido víctima de hostigamiento y de quien niega haber incurrido en tal conducta.

12.3. La prueba documental

El CPC en su artículo 233.° define el documento como: "[...] todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho".

En los procesos de cese de hostilidad por hostigamiento sexual, cobran especial relevancia los documentos electrónicos, los cuales, según ILLAN FERNADEZ, citado por PINTO PALACIOS y PUJOL CAPILLA (2017), pueden definirse como:

> [...] todos aquellos objetos materiales en los que puede percibirse una manifestación de voluntad o representativos de un hecho de interés para el proceso que pueda obtenerse a través de los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, las cintas de video, los discos de ordenador y cualesquiera otros similares (p. 38).

Consideramos que los documentos electrónicos más importantes en un proceso por hostigamiento sexual son los siguientes:

12.3.1. El correo electrónico (e-mail)

Es un sistema de mensajería que utiliza el internet. Cuando es ofrecido como medio de prueba puede cumplir dos funciones, una directa y otra indirecta.

La directa se presenta cuando a través de un e-mail se expresan en textos escritos con frases de connotación sexual o sexista; la indirecta, cuando a través

de un e-mail se remiten archivos adjuntos conteniendo comunicaciones escritas, videos o fotos, que forman parte de una conducta que significa hostigamiento sexual.

12.3.2. El *Short Message Service* (SMS)

Es un servicio de telefonía celular que permite enviar y recibir mensajes cortos en forma instantánea. Al mensaje recibido se le llama también SMS siendo común que, en el Perú, se le denomine mensaje de texto para diferenciarlo del mensaje de *WhatsApp*.

El SMS puede contener palabras o frases de contenido sexual o sexista.

12.3.3. El *WhatsApp*

Es un sistema de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes (*Smartphone*), mediante el cual se envían y reciben mensajes utilizando internet.

El *WhatsApp* permite recibir mensajes escritos, imágenes, videos, audios y otras comunicaciones, las cuales, muchas veces pueden tener contenido sexual o sexista.

12.3.4. La página web

Es un documento informático al que se puede acceder mediante internet conociendo el enlace llamado también dirección web. Si deseamos ingresar a una página web necesitamos utilizar un navegador de internet como es Google Chrome, Mozilla Firefox, Safari, entre otros.

Los navegadores interpretan el lenguaje HTML (*Hyper Text Makup Language*) para mostrarnos los sitios web.

Tratándose de procesos por hostigamiento sexual, las páginas web resultan de gran importancia probatoria, pues, los acosadores algunas veces cuentan con su página web propia o acceden a páginas de terceros, publicando comentarios, fotos, videos u otros documentos de contenido sexual o sexista que perjudican a la persona hostilizada.

12.3.5. Las grabaciones de sonido

Son las reproducciones de ondas sonoras, como son la voz, música u otros sonidos.

Las grabaciones de sonido van a constituir una prueba importante, pues, contienen expresiones verbales o sonoras que pueden tener contenido sexual o sexista, las mismas que son producidas por el o los sujetos hostilizadores con la finalidad de crear un ambiente hostilizatorio , hostil o humillante.

12.4. La pericia

Este medio de prueba consiste en la opinión que sobre determinada materia del conocimiento emiten personas especialistas en la misma.

La opinión de los peritos ilustra al juez sobre ciertos conocimientos científicos o artísticos que son ajenos a su formación, para ayudarlo a tener una mayor claridad de lo sucedido al momento de resolver.

El artículo 28.° de la NLPT regula la prueba pericial, concibiéndola, principalmente, como contable; sin embargo, para los casos de hostigamiento sexual, la pericia psicológica, cobra protagonismo, debiendo realizarse bajo los parámetros médicos legales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Publico o cualquier otro parámetro técnico que permita determinar el daño o afectación (artículo 13.° de la LPSHS).

También resulta especialmente importante la pericia técnica, sobre todo cuando se trata de verificar la autenticidad o no alteración de las pruebas documentales.

12.5. La inspección judicial

Es el medio de prueba a través del cual el juez aprecia directamente los hechos relacionados con los puntos materia de controversia. En los procesos por hostigamiento sexual, este medio probatorio será de utilidad en la medida que con la presencia del juez en determinado lugar se verifique la existencia de conductas de carácter sexual o sexista, tal como sería el caso de afiches, pintas, fotos, cuadros, lemas o similares.

Bibliografía

Libros

- BALTA VARILLAS, José. (2005). Acoso Sexual en las Relaciones Laborales Privadas. Lima: Ara Editores.
- CARBALLO MENA, César Augusto. (2000). Derecho Laboral Venezolano. 1º. Edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- PINTO PALACIOS, Fernando y PUJOL CAPILLA. (2017). Purificación: La prueba en la era digital, Primera Edición. Madrid: Editora Wolters Kluger.

Obras colectivas

- LLANOS GAMARRA, Rafael Omar. (2006). Protección constitucional de los derechos laborales en el hostigamiento sexual. En Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional- II Congreso Nacional de la SPDTSS. Lima: SPDTSS.

CAPÍTULO XIX
EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Críticas sobre la denominación. 4. Características del Derecho Colectivo del Trabajo. 5. Fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo. 6. Sujetos del Derecho Colectivo del Trabajo. 7. Conclusiones. 8. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se revisa los diversos textos sobre Derecho del Trabajo encontramos que los autores suelen dividirlo, por lo general, en "Derecho Individual del Trabajo", "Derecho Colectivo del Trabajo" y "Derecho Procesal del Trabajo", aunque, en algunas oportunidades, nos encontramos con algunas divisiones más extensas.

De las tres disciplinas mencionadas, el Derecho Colectivo del Trabajo resulta de especial interés para nosotros, pues, comprende las normas jurídicas que conforman el trípode de los derechos colectivos, constituido por la sindicación, la negociación colectiva y la huelga; los cuales han alcanzado reconocimiento a nivel internacional en tratados de derechos humanos, convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y, a nivel interno, en nuestra Constitución y demás normas legales de diferentes jerarquías.

2. DEFINICIÓN

Para todo aquél que se inicie en el estudio de determinada rama del Derecho, encontrará como primera dificultad: establecer una definición que realmente refleje su contenido.

Aunque sabemos que en el Derecho toda definición puede resultar inexacta y siempre es temporal, nos atrevemos a definir el Derecho Colectivo del Trabajo como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de las relaciones entre los trabajadores colectivamente organizados en defensa de sus intereses y un empleador o una entidad representativa de empleadores. Estas relaciones se desarrollarán buscando llegar a acuerdos o decisiones que den nacimiento a nuevos derechos, o que mejoren o conserven los existentes, pudiendo, de ser el caso, recurrir los trabajadores a la suspensión del contrato de trabajo, cumpliendo previamente los requisitos exigidos por la ley.

3. CRÍTICAS SOBRE LA DENOMINACIÓN

En la doctrina existe discusión si esta disciplina jurídica debe denominarse Derecho Sindical o Derecho Colectivo del Trabajo.

La expresión Derecho sindical obedece al papel trascendente que le corresponde desempeñar al sindicato en las relaciones colectivas de trabajo. Son partidarios de esta denominación reconocidos tratadistas, entre los cuales cabe resaltar a Ojeda Avilés, Mascaro Nascimiento, Martins Catarino, Rusomano, Guiugni, Napoli, Cabanellas, Deveali, Pérez Botija, entre otros.

Por su parte, otro sector de la doctrina, donde encontramos a Krotoskin, De la Cueva, Plá, Gómez Valdez, Rendón, prefieren utilizar la denominación Derecho Colectivo del Trabajo, pues, consideran que la expresión Derecho sindical resulta insuficiente para expresar el contenido de esta disciplina jurídica, puesto que, no comprende la negociación colectiva ni la huelga.

Por nuestra parte, nos adherimos a la segunda línea de pensamiento, considerando que la expresión Derecho Colectivo del Trabajo es la que mejor refleja el verdadero contenido de esta disciplina jurídica como reguladora de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Consideramos características principales del Derecho Colectivo del Trabajo las siguientes:

a) Tiene como sujeto principal a la organización sindical, la cual, a través de su accionar, persigue lograr nuevos beneficios para los trabajadores, aunque, en algunas oportunidades, solo logre defender los ya reconocidos, evitando su supresión.

b) Persigue el equilibrio de fuerzas entre los sujetos laborales (trabajadores y empleadores), logrando reducir las desigualdades existentes entre los propietarios de los medios de producción y quienes solo tienen su fuerza de trabajo.

c) Se encuentra conformado por la normativa nacional, así como, también por la internacional, como es el caso de Tratados sobre Derechos Humanos, Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, sentencias de la jurisdicción internacional a la que se han sometido los Estados, entre otros.

5. FUENTES DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

La palabra fuente proviene de la voz latina *fontis*, que significa manantial de agua que brota de la tierra.

Según la Teoría General del Derecho, las fuentes pueden ser materiales o formales. Las primeras, son todos los acontecimientos sociales, económicos, políticos que originan el surgimiento de la norma; mientras que las segundas son las formas como se manifiestan en el ordenamiento jurídico.

De lo antes expuesto, podemos deducir entonces que las fuentes materiales del Derecho Colectivo del Trabajo son todas aquellas realidades sociales que originan el surgimiento, modificación o extinción de las normas laborales, relativas a sindicación, negociación colectiva y huelga; mientras que las fuentes formales son las diversas maneras como se manifiestan las normas relativas al Derecho Colectivo del Trabajo.

No existe en nuestro derecho positivo norma alguna que enumere cuáles son las fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo; sin embargo, para efectos prácticos,

solo tomaremos en cuenta las fuentes formales, los que serán materia de un breve análisis a continuación.

5.1. La Constitución

La Constitución Política de 1993, consagra en su artículo 28.° las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo, reconociendo los derechos de sindicación, negociación colectiva y la huelga, así como garantizando, fomentando y regulando su ejercicio.

El texto de la disposición constitucional es el siguiente:

"Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

5.2. Los tratados internacionales

5.2.1. Los tratados internacionales sobre derechos humanos

En el Perú, de acuerdo con el artículo 55.° de la Constitución: "Los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional"; sin embargo, para la invocación de los tratados como norma positiva, es necesario que los mismos sean aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República conforme a lo previsto en el artículo 56.° de la Constitución; salvo el caso de tratados que no requieran aprobación del Congreso, como son los previstos en el artículo 57.° de nuestra Carta Magna.

Los tratados sobre derechos humanos son acuerdos entre los Estados que tienen por finalidad la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Según el artículo 56.° de la Constitución, los Tratados sobre Derechos Humanos deben ser aprobados por el Congreso de la República antes de ser ratificados por el Presidente de la República.

Los principales tratados sobre Derechos Humanos que contienen disposiciones sobre Derecho Colectivo del Trabajo son los siguientes:

a) **Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**

Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13282, del 9 de diciembre de 1959; en su artículo 23.°, inciso 4, reconoce el derecho a la libertad sindical.

b) **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**

Aprobado mediante Decreto Ley N.° 22128, del 28 de marzo de 1978, y ratificado constitucionalmente por la Décimo Sexta Disposición General de la Constitución de 1979; en su artículo 22.°, inciso 1, reconoce el derecho a la libertad sindical. Entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978 (según Artículo 27 de la Convención). Registro N.° M-478-E.

c) **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)**

Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley No. 22129 de 28 de marzo de 1978, reconoce en su artículo 8 incisos a),b) y c) el derecho a la libertad sindical y en el inciso d) el derecho a la huelga. Entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978 (según Artículo 27 de la Convención). Registro No. M-478-D.

d) **La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)**

Aprobada por Decreto Ley N.° 22231, del 11 de julio de 1978, y ratificada constitucionalmente por al Sexta Disposición General de la Constitución de 1979. Entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978 (según Artículo 27 de la Convención). Registro N.° M-506-DC.

e) **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)**

Aprobado por Resolución Legislativa N.° 26448, del 27 de diciembre de 1994, en su artículo 8, inciso a), garantiza el derecho a la libertad sindical, y en el b), el derecho a la huelga.

5.2.2. Los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En materia de Derecho Colectivo del Trabajo, los Convenios de la OIT más importantes son los siguientes:

El **Convenio N.° 87** de la OIT, sobre sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13281 del 15 de diciembre de 1959. Instrumento de ratificación depositado el 02 de marzo de 1960.

El **Convenio N.° 98** de la OIT, sobre la aplicación del derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 14712, del 18 de noviembre de 1963. Instrumento de Ratificación depositado el 13 de marzo de 1964, vigente en Perú desde el 11 de marzo de 1995. Registro N.° M-309-A.

El **Convenio N.° 135** de la OIT, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, 1971, no ratificado por el Perú.

El **Convenio N.° 141** de la OIT, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975, no ratificado por el Perú.

El **Convenio N.° 151** de la OIT sobre relaciones de Trabajo en la Administración Pública, 1978; ratificado por al Décimo Segunda Disposición Final de la Constitución de 1979. Instrumento de Ratificación del 03 de octubre de 1980, vigente en Perú desde el 27 de octubre de 1981. Registro N.° M-667 -B.

El **Convenio N.° 154** de la OIT sobre la negociación colectiva, 1981, no ratificado por el Perú.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 18 de su sentencia del 17 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N.° 03561-2009-PA/TC, ha establecido que este Convenio forma parte del bloque de constitucionalidad que complementa el artículo 28.° de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, las recomendaciones son propuestas que la OIT formula a los Estados sobre determinado tema, sin que exista por parte de estos obligación alguna de incorporarlas a su legislación nacional, no obstante haber ratificado los convenios a que puedan estar referidas.

Las Recomendaciones de la OIT más importantes en materia de Derecho Colectivo del Trabajo son las siguientes:

Recomendación N.° 91, sobre contratos colectivos, 1951.

Recomendación N.° 143, sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

Recomendación N.° 149, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975.

Recomendación N.° 159, sobre las relaciones de trabajo de la administración pública, 1978.

Recomendación N.° 163, sobre el fomento de la negociación colectiva, 1981.

5.3. La Ley y normas de similar jerarquía

En materia de Derecho Colectivo del Trabajo, las leyes o normas con rango de ley más importantes son:

El **Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo** (en adelante TUOLRCT), aprobado por Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, del 30 de setiembre del 2003, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de octubre del 2003.

Ley N.° 27556, del 22 de noviembre de 2001, Ley que crea el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos.

Decreto Legislativo N° 1187, Decreto Legislativo que previene y sanciona la violencia en la actividad de construcción civil, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de agosto de 2015, en su Título III, artículos 8° a 10° contiene disposiciones reguladoras en materia de Derecho Colectivo de Trabajo.

La Ley N.° 31110, Ley del régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agro industrial, modifica el artículo 45 Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo del publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de diciembre de 2020.

En el caso del Sector Público, las principales normas legales con jerarquía de ley son las siguientes:

Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 4 de julio del 2013, contenía normas sobre relaciones colectivas de trabajo en sus artículos 40.° al 45.°, pero han sido derogados expresamente por la Ley N.° 31118.

Ley N.° 31118, Ley de negociación colectiva en el sector estatal, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de mayo de 2021.

5.4. Los normas reglamentarias emitidas por el Poder Ejecutivo

En materia de Derecho Colectivo del Trabajo, las principales normas reglamentarias son:

Decreto Supremo N.° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de octubre de 1992.

Resolución Ministerial N.° 053-93-TR, dictan normas para la adecuación de la negociación colectiva de los trabajadores de construcción civil a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D.L. N.° 25593) y su Reglamento, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de abril de 1993.

Decreto Supremo N.° 009-93-TR, modifica los artículos 46.°, 49.° y 53.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de octubre de 1993.

Resolución Ministerial N.° 087-94-TR, aprueban Directivas sobre facultades del empleador, inspecciones de trabajo, designaciones de tercer árbitro, aplicación del TUPA, ejercicio del derecho de huelga y suspensión temporal de labores, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de julio de 1994.

Resolución Ministerial N.° 051-96-TR, adecúan la negociación colectiva de los trabajadores de construcción civil a los alcances de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de junio de 1996.

Decreto Supremo N.° 006-2001-TR, modifica el literal b) del artículo 52.° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de marzo de 2001.

Resolución Ministerial N.° 104-2002-TR, precisan y modifican disposiciones del Decreto que adecuó negociación colectiva de trabajadores de

construcción civil a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de mayo de 2002.

Resolución Ministerial N.° 290-2005-TR, disponen que convenios colectivos u otros instrumentos que resuelvan negociaciones colectivas registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo sean publicados en la página web del Ministerio, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de octubre de 2005.

Decreto Supremo N.° 013-2006-TR, sustituyen los artículos 53.°, 62.° y 68.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR que aprobó el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de julio de 2006.

Resolución Ministerial N.° 314-2006-TR, Modifican la R.M. N.° 290-2005-TR, en lo relativo a la publicación de convenios colectivos, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de setiembre de 2006.

Decreto Supremo N.° 014-2007-TR, sustituye el artículo 52.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 junio de 2007.

Decreto Supremo N.° 024-2007-TR, sustituye el artículo 62.° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 octubre 2007.

Decreto Supremo N.° 014-2011-TR, incorpora el artículo 61.° - A al Decreto Supremo N.° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de setiembre de 2011.

Resolución Ministerial N.° 284-2011-TR, se emiten normas complementarias a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N.° 014-2011-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de setiembre de 2011.

Resolución Ministerial N.° 076-2012-TR, establece lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos, los llamados "extraprocesos", la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de marzo de 2012.

Decreto Supremo N.° 017-2012-TR, determina dependencias que tramitarán y resolverán las solicitudes y reclamaciones que se inicien ante las Autoridades Administrativas de Trabajo sobre derechos colectivos, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de noviembre de 2012.

Decreto Supremo N.° 006-2013-TR, establece normas especiales para el registro de las organizaciones sindicales de trabajadores pertenecientes al sector construcción civil, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de agosto de 2013.

Decreto Supremo N.° 007-2014-TR, modifica las disposiciones relativas a la inscripción en el registro de organizaciones sindicales en materia de Construcción Civil, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de agosto de 2014.

Decreto Supremo N.° 013-2014-TR, Define de situación económica aplicable al despido colectivo por motivos económicos y plazo para interponer arbitraje potestativo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de noviembre de 2014.

Resolución Ministerial N.° 300-2016-TR, que elimina procedimientos, requisitos, reduce costos y plazos, y fusiona procedimientos en materia de Derecho Colectivo del Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 03 de diciembre de 2016.

Decreto Supremo N.° 003-2017-TR, modifica los artículos 16.° y 65.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR que aprueba el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo e incorpora en su texto el artículo 16.°-A, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de marzo de 2017.

Decreto Supremo N.° 009-2017-TR, modifica los artículos 46.°, 60.° y 61.°-A, e incorpora los artículos 61.°-B y 61.°-C al texto del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 011-92-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2017.

Decreto Supremo N.° 003-2019-TR, modifica el artículo 16.° y el literal d) del artículo 16.°-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.° 011-92-TR, y establece otras disposiciones referidas a la licencia y cuotas sindicales, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 07 de febrero de 2019.

Decreto Supremo N.° 006-2021-TR, Reglamento de negociación colectiva y condiciones mínimas de trabajo de la Ley N.° 31110, Ley del régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agro industrial, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de marzo de 2021.

Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.° 011-92-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de julio de 2022.

En el caso de las Relaciones Colectivas de Trabajo de los servidores públicos, las principales normas reglamentarias son las siguientes:

- **Decreto Supremo N.° 003-2004-TR,** establece el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de marzo de 2004.
- **Decreto Supremo N.° 020-2007-TR,** regula el derecho de los servidores públicos a constituirse en organizaciones sindicales, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de setiembre de 2007.
- **Decreto Supremo N.° 040-2014-PCM,** en sus artículos 51 a 89 contiene disposiciones reglamentarias sobre las relaciones colectivas de trabajo en el Sector Público, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 de junio de 2014.
- **Decreto Supremo N.° 008-2022-PCM,** aprueba lineamientos para la implementación de la Ley N.° 31188, Ley de Negación Colectiva en el Sector Estatal, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de enero de 2022.

5.5. La convención colectiva o contrato colectivo de trabajo

Conjuntamente con la legislación, el convenio colectivo es quizás una de las más importantes fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo.

Según el Tribunal Constitucional (2005), al convenio colectivo "se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales" (fundamento 29).

Por nuestra parte, siguiendo el criterio contenido en el artículo 41.° del TUOLRCT, definimos la convención colectiva, llamada también convenio colectivo o contrato colectivo, como todo acuerdo relativo a remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad u otros aspectos relativos al empleo, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales, o en ausencia de estas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.

La convención colectiva constituye una fuente del Derecho Laboral que ha alcanzado reconocimiento constitucional en el inciso 2) del artículo 26.° de nuestra Carta Magna, el cual establece que "La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado".

5.6. Los laudos arbitrales económicos

El laudo es la decisión que emiten los árbitros dentro de un procedimiento arbitral poniendo fin a la controversia.

Los laudos arbitrales, como fuente de derecho, tienen su fundamento en el inciso 1) del artículo 139.° de la Constitución de 1993, que reconoce a la jurisdicción arbitral junto con la militar, como las únicas independientes del Poder Judicial.

Los laudos arbitrales constituyen una fuente importante del Derecho Colectivo del Trabajo, pues, se dictan para dar solución a conflictos colectivos de trabajo, teniendo lo decidido por el laudo carácter general y regulador de las relaciones de trabajo.

5.7. La jurisprudencia

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de fallos uniformes y reiterados que, respecto a determinada cuestión jurídica, emiten los tribunales de justicia en última instancia, con la finalidad de favorecer la interpretación y aplicación de las normas legales.

En el Perú, el concepto tradicional de jurisprudencia ha sido superado por el de "precedente vinculante", sea este originado por la justicia ordinaria (Poder Judicial) o por la justicia constitucional (Tribunal Constitucional).

5.7.1. El precedente judicial

El precedente judicial puede definirse como aquella decisión judicial emitida por el órgano jurisdiccional competente para ello según ley que, al resolver un caso concreto, establece criterios jurídicos generales válidos para la solución de ese conflicto y de otros similares, convirtiéndose en un referente jurídico a seguir por los jueces al resolver casos semejantes que se presenten en el futuro.

Asimismo, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme a lo señalado en el artículo 40.° de la Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, ostenta la facultad de convocar a los denominados Plenos Casatorios, a fin de que, por mayoría de los magistrados asistentes, se emita una sentencia que constituya precedente judicial y que vincule a los demás órganos jurisdiccionales de la República, hasta que el mismo sea notificado por otro precedente.

Debemos dejar constancia que, a la fecha de la elaboración del presente trabajo, no existen precedentes judiciales adoptados conforme al artículo 40.° de la Ley N.° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

En el Perú, actualmente, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con el artículo 22.° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N.° 017-93-JUS, bajo la denominación de doctrina jurisprudencial, viene aprobando "precedentes judiciales" en materia de Derecho Colectivo de Trabajo, habiendo establecido a la fecha los criterios siguientes:

a) **Casación Laboral N.° 7111-2014 LIMA** del 12 de enero de 2015, sobre actos que constituyan ejercicio de la libertad sindical.
b) **Casación Laboral N.° 5481-2015 LIMA NORTE** del 04 de noviembre de 2015, sobre los alcances del fuero sindical.
c) **Casación Laboral N.° 12816-2015 LIMA** del 08 de abril de 2016, sobre la interpretación del artículo 29.°, inciso a), del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, sobre nulidad de despido por afiliación sindical o participación en actividades sindicales.

d) **Casación Laboral N.° 12901-2014 CALLAO,** del 26 de abril de 2017, sobre alcances del convenio colectivo celebrado por una organización sindical de representación limitada,

e) **Casación Laboral N.° 10406-2016 LIMA,** del 16 de mayo de 2017, sobre la interpretación más favorable de las cláusulas normativas de los convenios colectivos en caso de duda insalvable.

f) **Casación Laboral N.° 4255-2017 LIMA,** del 19 de junio de 2017, sobre la interpretación de la fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo y sobre los alcances del convenio colectivo celebrado por una organización sindical minoritaria.

g) **Apelación NLPT N.° 4968-2017 LIMA,** del 23 de enero de 2018, establece las causales por las que un laudo arbitral económico pueda ser declarado nulo.

h) **Casación Laboral N.° 25646-2017 AREQUIPA,** del 08 de agosto de 2019, sobre sanción por paralizaciones de trabajo declaradas improcedentes.

i) **Casación Laboral N.° 22596-2018 LAMBAYEQUE,** del 09 de setiembre de 2021, sobre sanción por paralizaciones de trabajo declaradas improcedentes o ilegales por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Creemos conveniente resaltar, que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República cumple una función unificadora de los criterios judiciales sobre determinado tema, contribuyendo a la seguridad jurídica y predictibilidad de los fallos.

5.7.2. El precedente constitucional

Sobre el concepto de precedente constitucional, el Tribunal Constitucional (2005) nos dice lo siguiente:

> "La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

> En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.
>
> El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.
>
> En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia".

De la sentencia citada, se desprende con claridad que el precedente constitucional vinculante es un instrumento a través del cual el Tribunal Constitucional impone a los demás órganos del Estado su criterio de interpretación de la Constitución y la ley.

El Tribunal Constitucional es claro al establecer la diferencia entre el precedente constitucional vinculante y el precedente judicial, cuando señala que el precedente constitucional vinculante tiene los mismos efectos que una ley, a esto se suma la facultad de que cualquier ciudadano pueda invocarlo ante cualquier autoridad o funcionario público; mientras que, en el caso del precedente judicial, lo desarrolla de acuerdo al sistema del *Common Law*, en el cual, se le da la categoría de precedente vinculante pero solo en sentido vertical; es decir, que dicho precedente judicial proviene de la Corte Suprema y vincula a las Salas Superiores y Juzgados de inferior jerarquía.

Asimismo, el Tribunal Constitucional marca otra diferencia en cuanto a la invocación del precedente judicial, ya que señala que este solo podrá invocarse frente a un juez, a diferencia del precedente constitucional, para el cual no se requiere ir a tribunales por su carácter vinculante ante todos los poderes públicos.

5.7.3. Las sentencias constitucionales

Las sentencias que emite el Tribunal Constitucional constituyen también una importante fuente del Derecho Colectivo del Trabajo, debiendo distinguirse entre las que constituyen precedente constitucional vinculante, las que resuelven una acción de inconstitucionalidad y aquellas que constituyen doctrina constitucional.

5.7.3.1. La sentencia de inconstitucionalidad

En cuanto a las sentencias emitidas en un proceso de inconstitucionalidad, podemos definirlas como aquellos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en virtud de los cuales se determina si una ley o norma con rango de ley contraviene, por el fondo o la forma, la Constitución Política del Perú, a efectos de conseguir su derogatoria, si fuera el caso, por no respetar los principios de jerarquía de las normas, primacía e inviolabilidad de la Constitución. Las sentencias de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos.

Entre las sentencias de inconstitucionalidad más importantes relacionadas con derechos colectivos, cabe mencionar las siguientes:

a) **Expediente N.° 008-2005-PI/TC,** del 12 de agosto de 2005, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Juan José Gorriti y más de 5,000 ciudadanos contra la Ley N.° 28175, Ley del Empleo Público.
Se declaró infundada la demanda estableciéndose que los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28.° de la Constitución Política del Perú, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8.° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"; el Convenio N.° 87 de la OIT, el artículo 6.° del Convenio N.° 98 de la OIT y el Convenio N.° 151 de la OIT, relativos a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, y la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, respectivamente; entre otros tratados de derechos humanos.

b) **Expediente N.° 00025-2007-PI/TC,** del 19 de setiembre de 2008.

Se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra los artículos 3.°, 11.° inciso d), 12.°, 17.°, 29.° segundo párrafo, 40.°, 41.°, 51.°, 53.°, 54.°, 63.°, 65.° inciso c), así como, la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 29062 – Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial, en la cual se desarrolló el contenido esencial del derecho de huelga, su protección constitucional, limitaciones y su ejercicio dentro de la Carrera Pública Magisterial.

c) **Expediente N.° 00018-2013-PI/TC,** del 21 de mayo de 2014, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el veinticinco por ciento (25%) del número legal de congresistas de la República contra diversos artículos de la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil.

Se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, precisándose, respecto al derecho a la negociación colectiva en la Administración Pública, que se deberán establecer mecanismos idóneos distintos a la negociación colectiva que permitan un verdadero diálogo entre trabajadores y la Administración Pública respecto a materia remunerativa, de acuerdo a lo establecido en el Convenio N.° 151 de la OIT, que interpreta los artículos 28.° y 42.° de la Constitución Política del Perú.

d) **Expedientes Nos. 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (acumulados),** del 03 de setiembre de 2015, demandas de inconstitucionalidad interpuestas por los Colegios de Abogados del Callao, Arequipa y ciudadanos contra diversos artículos de las Leyes Nos. 29812 y 29951, Leyes del Presupuesto para el Sector Público para los años 2012 y 2013.

Se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, precisando que pueden imponerse restricciones de orden presupuestal a la negociación colectiva con los trabajadores del sector público, dichos límites pueden encontrarse justificados en atención a situaciones de insuficiencia económica por las que atraviese el Estado. Sin embargo, señala el Tribunal Constitucional que, incluso, en aquellos casos, la

prohibición de negociación colectiva debe estar sujeta a criterios de temporalidad, pues, las limitaciones indefinidas o que impidan que en el futuro los trabajadores puedan negociar sus condiciones laborales, más allá del período previsto por la ley restrictiva son inconstitucionales.

e) **Expedientes Nos. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (acumulados),** del 26 de abril de 2016, proceso de inconstitucionalidad seguido por más de cinco mil ciudadanos, y los Colegios de Abogados de Tacna y Junín contra diversos artículos de la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil.

Se declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, precisándose respecto a los derechos colectivos de los trabajadores del sector público lo siguiente:

En relación a la libertad sindical, la limitación de su ejercicio en los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza no implica un desconocimiento de su derecho a la libertad de asociación, por el contrario, pueden constituir asociaciones no sindicales en defensa de sus intereses profesionales.

En cuanto a la negociación colectiva su limitación para aspectos remunerativos, en las circunstancias apremiantes, resultará plenamente justificada, siempre y cuando se trate de una medida transitoria y razonable.

Finalmente, respecto al derecho de huelga señala que la norma denunciada no faculta al empleador a acudir a la contratación automática de personal por el hecho de haberse iniciado la huelga, sino solo cuando no se garantice adecuadamente los servicios mínimos de los servicios esenciales o indispensables para el funcionamiento de la entidad.

5.7.3.2. Doctrina constitucional

Respecto a la doctrina constitucional, el supremo intérprete de la Constitución (2007) nos dice lo siguiente:

"[...] Por doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo

o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las "anulaciones" de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde" (fundamento 15).

Entre las sentencias más importantes cabe mencionar las siguientes:

a) **Expediente N.° 0785-2004-PA/TC,** del 12 de octubre de 2004, demanda de amparo interpuesta por COSAPI S.A. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) y la Federación de Trabajadores de Construcción Civil del Perú (FTCCP).

   Se estableció que el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil y, de ser el caso, expedirse normas que, sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por

acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo.

b) **Expediente N.° 03311-2005-PA/TC,** del 05 de enero de 2006, demanda de amparo interpuesta por el Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha contra la Compañía Minera Atacocha S.A.

Se declaró fundada la demanda estableciéndose que el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga, debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular de los del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de los derechos.

c) **EXP. N.° 4635-2004-AA/TC**, del 17 de abril de 2006, demanda de Amparo interpuesta por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra la empresa Southern Perú Copper Corporation, en su fundamento 24 se estableció lo siguiente:

[...} que los convenios colectivos tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado y obligan a las personas que los celebraron, a las personas representadas en la convención colectiva y a aquellas que se incorporen con posterioridad a su celebración.

Asimismo, determinó la prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato individual de trabajo, siempre que resulte más favorable al trabajador.

Por otra parte, se determinó que cuando la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos fijan estándares mínimos, estos parámetros no pueden ser contradichos por los convenios colectivos y los contratos de trabajo, pues, ello conllevaría a declarar su nulidad por contravenir derechos fundamentales.

d) **EXP. N.° 7957-2005-PA/TC,** del 08 de agosto del 2006, demanda de Amparo interpuesta por Sertinge S.A. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) y la Federación de Trabajadores de Construcción Civil del Perú (FTCCP).

Se estableció que, para que una negociación colectiva por rama de actividad tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, la organización sindical u organizaciones sindicales deben representar a la mayoría de empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo. Asimismo, la representación de los empleadores en este nivel de negociación se encontrará a cargo de la organización sindical representativa en la respectiva actividad económica.

e) **Expediente N.° 03561-2009-PA/TC,** del 17 de agosto de 2009, y su aclaratoria del 10 de junio de 2010, demanda de Amparo interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORPC).

Se estableció que a falta de acuerdo para decidir el nivel de la negociación colectiva, este se determinaría mediante el arbitraje previsto en el artículo 61.° del TUOLRCT, el cual tiene carácter potestativo.

f) **Expediente N.° 02211-2009-PA/TC,** del 28 de octubre de 2010, demanda de Amparo interpuesta por el Sindicato Unificado de Trabajo de SPCC – Ilo contra la empresa Southern Perú Copper Corporation.

Respecto al derecho de libertad sindical, se manifestó que está compuesto de dos aspectos, uno orgánico y otro funcional. El primero, constituido por la facultad de toda persona para formar organizaciones sindicales con el objeto de realizar la defensa de sus intereses colectivos, mientras que el segundo, está referido a la facultad de afiliación o desafiliación de dichas organizaciones; asimismo, esta facultad conlleva la protección del trabajador afiliado frente a actos que atenten contra sus derechos y que se sustenten en su condición de afiliado o no afiliado a una organización sindical.

En relación al derecho de huelga, se precisó que este constituye un medio para la realización de determinados fines vinculados a los intereses de los trabajadores y se efectiviza solamente cuando se ha agotado la negociación directa con el empleador. Al no ser un derecho absoluto, sino regulable, corresponde a la ley establecer sus límites a fin que pueda ser ejercido en armonía con el interés público.

g) **Expediente N.° 03243-2012-PA/TC,** del 21 de mayo de 2014, demanda de Amparo interpuesta por la Federación de Trabajadores

del Sector Comunicaciones del Perú (FETRATEL PERÚ) contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C. (TGSC).

Se estableció que el arbitraje potestativo resulta aplicable tanto para determinar el nivel de la negociación colectiva como para el trámite que deberá seguir una negociación colectiva cuando se hayan agotado las etapas de trato directo y conciliación sin llegar a un acuerdo.

h) **Expediente N.° 03655-2011-PA/TC,** del 21 de julio de 2014, demanda de Amparo interpuesta por el Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Se estableció que la institución de la "mayor representatividad sindical" no puede significar la exclusión del procedimiento de negociación colectiva de un sindicato minoritario, pues, lo que se busca es representar a los trabajadores, lo cual a su vez incluye a las minorías sindicales.

i) **Expediente N.° 06518-2013-PA/TC**, del 01 de julio de 2016, demanda de Amparo interpuesta por América Móvil Perú S.A.C. contra el Sindicato Unitario de Trabajadores de América Móvil Perú S.A.C. (Sutamp).

Se estableció que el derecho de negociación colectiva tiene como finalidad el lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones laborales; asimismo, este derecho se efectiviza a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos, constituyendo el principal medio de acción de las organizaciones sindicales para la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de sus afiliados.

j) **Expediente N.° 01499-2015-PA/TC**, del 20 de diciembre de 2017, demanda de Amparo interpuesta por Aris Industrial S.A. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Sindicato de Trabajadores Textiles Químicos de Aris Industrial S.A.

Se precisó que el arbitraje al que se refiere el artículo 61.° del Texto único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, es de carácter potestativo; es decir, que, una vez agotadas las etapas de trato directo y conciliación, solo es necesario que una de las partes opte por someter

el diferendo en la negociación al arbitraje, la contraparte se encuentra obligada a aceptarlo.

k) **Expediente N.° 04131-2016-PA/TC**, del 04 de agosto de 2020, demanda de Amparo interpuesta por Unimar S.A. contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Sindicato de Trabajadores de Unimar S.A.

Se determinó que la titularidad del derecho a la negociación colectiva corresponde a los empleadores y sus organizaciones por una parte y a las organizaciones de trabajadores por otra, siendo posible que, ante la ausencia de estas, los representantes de los trabajadores interesados celebren negociaciones colectivas.

l) **Expediente N.° 01906-2018-PA/TC**, del 26 de enero de 2021, demanda de Amparo interpuesta por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria contra la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Se estableció que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a un debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, entre otros, garantiza a) que la fundamentación de los autos y sentencias se encuentre exenta de vicios de motivación interna y b) que la fundamentación sea suficiente para justificar lo decidido.

Asimismo, en su manifestación del respeto al proceso establecido por ley, garantiza que el marco normativo vigente a la fecha de inicio del proceso no sea alterado posteriormente.

m) **Expediente N.° 01213-2019-PA/TC**, del 11 de febrero de 2021, demanda de Amparo interpuesta por el representante del Banco Continental contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Reafirmando el criterio establecido en el Expediente N.° 03561-2009-PA/TC, estableció que el arbitraje al que hace referencia el artículo 61.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, es de naturaleza potestativa. Por tanto, si una de las partes opta por someter

alguno de los puntos de la negociación a esta forma heterónoma de solución de conflictos, tal decisión vincula a la otra contraparte, quien se encuentra obligada a aceptar.

5.7.3.3. Sentencias de Procesos Constitucionales de Acción Popular

También resultan importantes las sentencias emitidas en los procesos constitucionales de Acción Popular, las cuales tienen especial relevancia al constituir un proceso de control normativo con el fin de proteger, mediante el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, la primacía de la Constitución y la ley respecto del resto de normas de rango inferior, lo cual se encuentra previsto en el inciso 5) del artículo 200.° de la Constitución, tal como ocurre en el caso siguiente:

> **Proceso de Acción Popular N.° 5132-2014 LIMA,** del 13 de agosto de 2015, seguido por la Sociedad Nacional de Industrias (SIN) contra el Decreto Supremo N.° 014-2011-TR.
>
> Se estableció que el arbitraje potestativo se encuentra regulado en el artículo 61.° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, por lo que el artículo 61.°-A de su Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo N.° 014-2011-TR, no crea dicho tipo de arbitraje, solo lo regula, cumpliendo con viabilizar la concreción del deber previsto en el numeral 2) del artículo 28.° de la Constitución Política del Perú, a través del cual, el Estado cumple su obligación de fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de conflictos laborales; por lo que, el arbitraje potestativo constituye un mecanismo adecuado para la solución de conflictos laborales.

5.7.4. Los plenos jurisdiccionales

Son acuerdos en que los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República toman decisiones en abstracto sobre determinada cuestión jurídica, los cuales se materializan en una resolución válida para cualquier proceso.

En materia de Derecho Colectivo de Trabajo, el III Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Laboral y Previsional, respecto a la interpretación de las cláusulas del convenio colectivo, ha tomado el acuerdo siguiente:

"TEMA N° 01: CRITERIO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 29° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO, REGULADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 011-92-TR

1.1 ¿Es aplicable el principio de interpretación favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas, reguladas por el artículo 29° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?

El Pleno acordó por unanimidad:

Procede la interpretación favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas, cuando al aplicar el método literal, y los demás métodos de interpretación normativa, exista duda insalvable sobre su sentido. Si ante dicha duda insalvable, se incumple con interpretarlas de manera favorable al trabajador, se comete una infracción del artículo 29° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR".

El V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, ha tomado el acuerdo siguiente:

"I. NORMA APLICABLE" RESPECTO DE LA NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS.

El Pleno acordó por unanimidad:

Las normas aplicables para determinar las causales de nulidad, que se pueden invocar válidamente en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico en materia laboral son las siguientes:

Los artículos 63° y 66° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 010-2003-TR.

El artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, en concordancia con el artículo 65 de la misma norma y el artículo 57° de su Reglamento, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Los literales b y d del inciso 1 del artículo 63° de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

Asimismo, el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materias Laboral y Previsional, ha tomado los acuerdos siguientes:

> **"I. LA PROTECCIÓN DEL FUERO SINDICAL:**
>
> **El Pleno acordó por unanimidad:**
>
> La legislación laboral peruana adopta la tesis del fuero sindical amplio, por lo que no solo protege a dirigentes sindicales previstos por el Artículo 31° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo durante su gestión, sino también a todos aquellos que hayan cesado en el cargo, si son objeto de un despido originado por su actividad sindical pasada, así como también protege a todo trabajador contra el despido y cualquier acto de hostilidad motivado por su participación en actividades sindicales".
>
> **"II. EFECTOS DEL CONVENIO COLECTIVO CELEBRADO POR SINDICATOS MINORITARIOS**
>
> **El Pleno Acordó por Unanimidad:**
>
> No se puede extender los efectos del convenio colectivo suscritos por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no están afiliados al mismo o que no estén sindicalizados, salvo que el propio convenio, por acuerdo entre las partes señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores, siempre y cuando se refieran únicamente a beneficios laborales más favorables al trabajador".

5.8. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mediante la Opinión Consultiva OC-27/21, del 05 de mayo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos absolvió la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referido al alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó diversas interrogantes, siendo que, al momento de abarcar una respuesta concreta a las mismas, las engloba en las siguientes:

> "1. ¿Cuál es el alcance de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y cuál es su relación con los derechos a la libertad de expresión, la libertad de asociación, el derecho de reunión y el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias?
> 2. ¿Cuál es el contenido del derecho de las mujeres de ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga?
> 3. ¿Cuál es el alcance del deber del Estado para proteger la autonomía sindical y garantizar la participación efectiva de las mujeres como integrantes y lideresas sindicales?, y ¿cuál es el alcance de las obligaciones del Estado respecto a garantizar la participación de los sindicatos en el diseño de las normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado de trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías?".

El análisis realizado en la Opinión Consultiva OC-27/21 enfatizó la necesidad de que los Estados realicen el máximo de sus esfuerzos a fin de preservar las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales y sindicales de todos los trabajadores y las trabajadoras.

5.9. Decisiones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Comité de Libertad Sindical es un órgano creado en 1951 por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este Comité está encargado de entablar un diálogo tripartito constructivo para promover el respeto de los derechos de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en la legislación y en la práctica; asimismo, examina los alegatos de infracciones a los principios de la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, consagrados en la Constitución de la

OIT (Preámbulo), en la Declaración de Filadelfia y según lo expresado por la Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Respecto a las conclusiones adoptadas por el Comité en casos específicos, estas otorgan directrices, tanto a los gobiernos como a las autoridades nacionales, con la finalidad de realizar el seguimiento a las recomendaciones en materia de libertad sindical, así como, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Actualmente, se encuentra vigente la Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical, contenida en su Sexta Edición, año 2018.

5.10. Doctrina Jurídica

Llamada también dogmática jurídica, está constituida por el conjunto de opiniones emitidas por los estudiosos del Derecho del Trabajo, especialmente de quienes tienen reconocida calidad para hacerlo, con la finalidad de interpretar y facilitar la aplicación de las normas jurídicas.

6. SUJETOS DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Para efectos de la aplicación del TUOLRCT, los sujetos del Derecho Colectivo de Trabajo son:

a) Las organizaciones sindicales, o agrupaciones de aquellas; es decir, los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Los trabajadores pertenecientes a las organizaciones sindicales deberán encontrarse sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cualquiera fuera la calidad del empleador o la duración o modalidad del contrato que tengan celebrado.

b) Los empleadores, individual o colectivamente organizados, los cuales pueden ser: **i)** privados, donde se encuentran las empresas u organizaciones no empresariales; y, en general, toda persona jurídica privada; **ii)** empresas pertenecientes al ámbito de la Actividad Empresarial del Estado; y **iii)** aquellas entidades estatales que no son empresas, donde sus trabajadores se encuentren bajo el régimen laboral de la actividad privada.

Referencias

a) Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 008-2005-PI/TC. Lima: 12 de agosto de 2005.

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html

b) Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 0024-2003-AI/TC. Lima: 10 de octubre de 2005.

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html

c) Tribunal Constitucional (2007). Expediente N.° 04853-2004-PA/TC. Lima: 19 de abril de 2007.

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.pdf

CAPÍTULO XX
LA LIBERTAD SINDICAL

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de libertad sindical. 3. La libertad sindical en los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo. 4. La libertad sindical en la norma constitucional. 5. La libertad sindical en las normas con rango de ley. 6. La libertad sindical individual. 7. La libertad sindical colectiva. 8. Mecanismos de protección de la libertad sindical en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La libertad sindical es el derecho fundamental sobre el que giran los otros pilares del Derecho Colectivo del Trabajo; es decir, la negociación colectiva y la huelga.

La libertad sindical ha sido reconocida por la 86.° Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), celebrada en Ginebra en junio de 1998, como uno de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

De acuerdo con este reconocimiento los Estados miembros de la OIT, tienen el deber de respetar, promover y tutelar la libertad sindical, así como los convenios OIT que la desarrollan.

La libertad sindical también ha sido reconocida como un derecho humano en los instrumentos que se reseña en las líneas siguientes:

a) **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General

de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13282 del 9 de diciembre de 1959.

Contiene la norma siguiente:

"Artículo 23.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

b) **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,** adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N.° 22128 del 28 de marzo de 1978.

Contiene las normas siguientes:

"Artículo 22.

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o el orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías".

c) **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N.° 22129 del 28 de marzo de 1978.

Contiene la norma siguiente:

"Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías".

d) **Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica,** suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N.° 22231 del 11 de julio de 1978.

Contiene la norma siguiente:

"Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

e) **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador",** suscrito en la ciudad de San Salvador el 17 de noviembre de 1988 en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, aprobado por Resolución Legislativa N.° 26648, del 17 de noviembre de 1994.

Contiene las normas siguientes:

"Artículo 8.- Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes

también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato".

2. DEFINICIÓN DE LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical es objeto de diversas definiciones en la Doctrina, algunas de las cuales presentaremos a continuación, para luego proponer la nuestra.

Según VILLAVICENCIO (2010):

"Buscar una definición satisfactoria de la libertad sindical es una tarea ardua y difícil, dado que se trata de un derecho complejo, que se predica tanto de sujetos individuales como colectivos, que incluye derechos de hacer (positivos) y de no hacer (negativos), frente a diversos sujetos, y que, además, está preñado de un componente evolutivo que incorpora, condiciona y matiza permanentemente importantes facultades a su contenido. Por ello, resulta muy complicado encontrar legislaciones que cumplan esta tarea solventemente, como tampoco es fácil dar con una definición doctrinal o jurisprudencial que cuente con un respaldo notorio. Normalmente nos encontramos con normas, opiniones o pronunciamientos jurisdiccionales que describen el contenido del derecho; con algunas otras, no tan numerosas, que optan por formular una definición más bien genérica y abstracta; y, finalmente, con quienes (los menos) se niegan a ingresar en este terreno por considerar que el carácter perecedero del objeto vuelve ilusoria la tentativa.

Nosotros nos acercamos a la segunda posición, por considerar que resume los elementos estático y dinámico esenciales del instituto y no se resiente con el paso del tiempo, por lo menos en el corto plazo, con lo que pensamos que la libertad sindical puede ser definida como "el derecho fundamental de los trabajadores a organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes económicos y sociales. O, si se quiere, con un poquito más de concreción, consiste en el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y estas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes" (p. 87).

ETALA (2001) considera que la libertad sindical puede definirse como:

"[...] el conjunto de derechos, potestades, privilegios e inmunidades otorgadas por las normas constitucionales, internacionales y legales a los trabajadores y las organizaciones voluntariamente constituidas por ellos, para garantizar el desarrollo de las acciones lícitas destinadas a la defensa de sus intereses y al mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo" (pp. 58-59).

Según ELIAS (1995):

"La libertad sindical consiste en el derecho que tiene todo trabajador de formar o no parte de un sindicato, y en caso de ejercitar esta última opción no podría estar sujeto a despido o recorte de derechos por la decisión que ha adoptado" (p. 13).

El Tribunal Constitucional (2005) define la libertad sindical en los términos siguientes:

"26. Se la define como la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical" (fundamento 26).

Por nuestra parte, definiremos la libertad sindical como la facultad autónoma que tienen los trabajadores para poder constituir organizaciones sindicales, afiliarse a ellas con la finalidad de defender sus intereses gremiales o desafiliarse de las mismas sin que esto le cause perjuicio alguno en el empleo.

3. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL

La libertad sindical individual está constituida por el derecho de los trabajadores a fundar y afiliarse a la organización sindical que consideren conveniente, sin que tengan que contar con autorización previa de su empleador o del Estado; asimismo, permanecer o desafiliarse de una organización sindical, y a desarrollar actividad sindical; sin que por ello sufran algún perjuicio.

El Convenio N.° 87 de la OIT, en su artículo 2.°, regula la libertad sindical individual en los términos siguientes:

> "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

Por su parte el artículo 2.° del TUOLRCT, en su artículo 2, legisla lo siguiente:

> "Artículo 2.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho de sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros".

La libertad sindical individual se manifiesta en dos aspectos: el aspecto positivo y el aspecto negativo.

3.1. La libertad sindical individual positiva

La libertad sindical positiva esta referida al derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales o afiliarse a las mismas, sin necesidad de autorización previa del empleador o de alguna autoridad.

El Tribunal Constitucional ha determinado que la libertad sindical positiva comprende:

"[...] el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical" (fundamento 27).

3.1.1. Libertad de constituir organizaciones sindicales sin autorización previa

Todos los trabajadores están facultados para conformar sindicatos sin que sea necesario, ni se les pueda exigir, que cuenten con una autorización previa de ninguna clase, ni de su empleador ni del Estado, lo que no excluye que tengan que cumplir con los requisitos previstos en las normas legales.

El artículo 2.° del Convenio N.° 87 de la OIT establece expresamente que:

"Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, (...)».

La OIT admite que la existencia de reglamentaciones sobre la constitución de sindicatos no colisiona con el principio de libertad sindical, salvo que las mismas sean el equivalente a una autorización previa o que establezcan requisitos o procedimientos tan dificultosos para su fundación, que en la práctica configuren un impedimento para la formación de las organizaciones sindicales.

3.1.2. Libertad de afiliación sindical

Esta libertad garantiza el derecho todo trabajador a decidir libremente si se afilia o no a un sindicato de su elección (sentido positivo), así como el derecho de no ser obligado a pertenecer a una organización sindical (sentido negativo).

La última parte del artículo 2.° del Convenio N° 87 de la OIT, respecto de la libertad de afiliación, reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores: "[...] así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

El artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por el Decreto Supremo N.°014-2022-TR, permite que los trabajadores se afilien directamente a organizaciones sindicales de grado superior (federaciones y confederaciones), siempre que así lo establezcan sus estatutos.

El ejercicio de este derecho permite que, ante la negativa de admisión por parte de un sindicato de un trabajador que reuniese los requisitos estatutarios para pertenecer al mismo, dicho trabajador pueda exigir judicialmente su inclusión como miembro de la organización sindical.

La libertad de afiliación también permite proscribir la existencia de cláusulas de seguridad sindical.

Según DE FERRARI (1974), las cláusulas de seguridad sindical, tienen origen anglosajón, siendo las más importantes las siguientes:

"a) La cláusula del taller cerrado para los trabajadores no afiliados (closed shop);
b) La que obliga al empleador a despedir a los trabajadores que se desafilien del sindicato (maintenance of membership clause);
c) La que obliga a tomar trabajadores nuevos, por medio del sindicato (hiring –hall);
d) La que concede beneficios especiales a los trabajadores afiliados (preferential shop)" (p. 381).

Debemos precisar que respecto de las cláusulas de seguridad sindical, la OIT las admite como válidas siempre que sean consecuencia de un convenio colectivo libremente celebrado, pero las rechaza si las mismas son producto de una imposición legislativa.

Podemos concluir, pues, que la libertad de afiliación sindical garantiza también el derecho del trabajador a dejar de pertenecer a un sindicato, sin que por ello sufra la pérdida de su empleo.

El TUOLRCT en su artículo 3°, respecto de la libertad de afiliación señala lo siguiente:

> «Artículo 3.- La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo».

3.1.3. Libertad de acción sindical

Esta libertad garantiza que los trabajadores sindicalizados puedan desarrollar libremente las actividades necesarias para la consecución de los fines de su sindicato, contando con las facilidades necesarias para su materialización.

3.2. La libertad sindical individual negativa

Este aspecto de la libertad sindical individual se refiere al derecho a la libre y voluntaria elección por parte del trabajador de no afiliarse a una organización sindical, así como su derecho a desafiliarse de la misma sin que esto condicione su permanencia en el empleo ni represalias en su contra durante el tiempo que dure su relación laboral.

El Tribunal Constitucional (2005) ha determinado que la libertad sindical negativa comprende:

> "[...] el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical" (fundamento27).

4. LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA

Podemos afirmar que la libertad sindical en su aspecto colectivo es el conjunto de derechos destinados a proteger a las organizaciones sindicales en el ámbito de su constitución, organización y funcionamiento, garantizando su plena autonomía y protegiendo a las mismas de la intervención sea del Estado o del empleador.

La libertad sindical colectiva a la vez comprende cinco libertades: la libertad de reglamentación, libertad de representación, libertad de gestión, libertad de federación y libertad de suspensión o disolución.

4.1. Libertad de reglamentación

Esta libertad está referida a la autonomía normativa de las organizaciones sindicales las cuales tienen derecho a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, lo que implica que toda entidad pública debe abstenerse de intervenir en todo acto que tienda a limitar u obstaculizar su ejercicio.

Sobre la libertad de reglamentación el artículo 3.°, inciso 1, del Convenio N.° 87 de la OIT en forma expresa señala que:

"1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, [...]".

4.2. Libertad de representación

La libertad de representación o autonomía interna, otorga a los sindicatos el derecho a elegir libremente a sus representantes, sin intervención externa.

En consecuencia, resultan atentatorios contra el derecho a la libertad sindical los actos que persigan la elección de dirigentes, imponer candidatos o entorpecer la elección libre de dirigentes sindicales

Sobre la libertad de representación el artículo 3.°, inciso 1, del Convenio N.° 87 de la OIT en forma expresa señala que:

"1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho [...] el de elegir libremente sus representantes, [...]".

4.3. Libertad de gestión

Toda organización sindical, sea de trabajadores o empleadores, tiene el derecho a organizar de forma voluntaria su administración, sus actividades y asimismo, formular su programa de acción de forma libre, para lo cual toda autoridad pública deberá abstenerse de realizar acciones que limiten o dificulten el ejercicio de este derecho.

El artículo 4.° del TUOLRCT establece lo siguiente:

"**Artículo 4.-** El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen".

4.4. Libertad de federación

El artículo 5.° del Convenio N.° 87 de la OIT establece que:

> «Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores».

Para constituir una federación se requiere la unión de no menos de dos (2) sindicatos registrados de la misma actividad o clase.

Para constituir una confederación se requiere la unión de no menos de dos (2) federaciones registradas. (TUOLRCT, Art. 36.°)

Los sindicatos y federaciones podrán retirarse de las respectivas organizaciones de grado superior en cualquier momento, aunque exista pacto en contrario. (TUOLRCT, Art. 37.°)

4.5. Libertad de suspensión o disolución

El artículo 4.° del Convenio N.° 87 de la OIT señala que:

> "Las organizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa".

La cancelación del registro por la Autoridad de Trabajo se efectuará sólo después de la disolución del sindicato, la misma que se producirá por las causales siguientes:

a) Por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.
b) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en el estatuto para ese efecto.
c) Por pérdida de los requisitos constitutivos.

En los casos contemplados en los literales a) y b), la disolución se produce de pleno derecho y no requiere de declaración judicial previa. (TUOLRCT, Art. 20)

Para el caso del literal c) la persona que acredite legítimo interés económico o moral solicitará al Juez Especializado de Trabajo la disolución del sindicato, el que previa verificación, resolverá la solicitud mediante proceso ordinario laboral en concordancia con el literal g) del numeral 1 del artículo 2.° de la Ley N.° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT).

Por el solo mérito de la sentencia consentida o ejecutoriada que disponga la disolución del sindicato, se efectuará la cancelación del registro. (TUOLRCT, Art. 20 último párrafo).

Por su parte el Tribunal Constitucional (2005) peruano considera que el derecho a la libertad sindical comprende los aspectos siguientes:

"- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.
- El derecho a que el Estado no interfiera –salvo el caso de violación de la Constitución o la ley– en las actividades de las organizaciones sindicales" (fundamento 16).

Referencias

- DE FERRARI, Francisco. (1974). Las Relaciones Colectivas, Vol. IV. Buenos Aires: Depalma.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. (1995). Derecho Laboral-Relaciones Colectivas de Trabajo. Primera Edición. Lima: Jus Editores.
- ETALA, Carlos Alberto. (2001). Derecho Colectivo del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). La Libertad Sindical (recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT). 5ta. Edición. Ginebra.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. (2010). La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación, Primera Edición. Lima: Editorial PLADES.

CAPÍTULO XXI
LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de sindicato. 3. Clases de sindicatos. 4. El derecho de sindicación de los trabajadores independientes. 5. Casos especiales de reconocimiento del Derecho de sindicación. 6. Ámbito geográfico de los sindicatos. 7. Fines y funciones de los sindicatos. 8. Representación sindical en materia de negociación colectiva. 9. Obligaciones de las organizaciones sindicales. 10. Prohibiciones a las Organizaciones Sindicales. 11.El registro sindical.12. El patrimonio sindical. 13. La integración sindical.

1. INTRODUCCIÓN

Según el inciso 1) del artículo 28.° de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical.

El derecho a la libertad sindical según el Convenio N.° 87 de la Organización Internacional del Trabajo como hemos explicado en el capítulo anterior, comprende dos categorías claramente diferenciadas, la libertad sindical individual y la libertad sindical colectiva.

2. DEFINICIÓN DE SINDICATO

Tanto en la Doctrina como en el derecho comparado encontramos diversas formas de definir los sindicatos, algunas de las cuales presentamos a continuación para luego formular la nuestra.

Según PALOMEQUE (1988):

"Sindicato es una organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses de clase, económicos y sociales, frente a los del empresario y sus organizaciones" (p. 28).

A su vez MARTÍN y otros (2008) nos dice que:

"El sindicato se ha definido tradicionalmente como la asociación permanente de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses y para la mejora de sus condiciones de vida y trabajo" (p. 257).

MONTOYA (2001) sostiene que:

"[...] el sindicato persigue la defensa y mejora de las condiciones de trabajo de sus asociados o, dicho con expresión más actual, la promoción colectiva de los trabajadores" (p. 111).

Por nuestra parte, definimos al sindicato como una organización que representa a los trabajadores para la defensa de sus derechos e intereses, así como para lograr mejoras de índole social y económica.

3. CLASES DE SINDICATOS

Existen diversas maneras de clasificar los sindicatos: por la condición laboral de sus miembros, por su ámbito territorial, por su grado de integración, por su regulación en el derecho positivo, etc. De las clasificaciones antes citadas nos merecen un breve comentario las siguientes:

3.1. Por la condición laboral de sus miembros

Teniendo en cuenta la calidad de los trabajadores que lo integran, los sindicatos pueden ser de obreros, de empleados o mixtos.

El **sindicato de obreros,** es aquel cuyos integrantes realizan labores en las que predomina la actividad manual; el **sindicato de empleados**, por su parte, es aquel en que sus integrantes son trabajadores en cuya actividad predomina el trabajo intelectual. El **sindicato mixto,** se encuentra conformado tanto por trabajadores obreros como empleados.

Debemos resaltar que hoy en día la tendencia a diferenciar entre obreros y empleados va desapareciendo, pues, no se puede negar que en todo trabajo existe labor manual e intelectual, no pudiéndose establecer que una es superior a otra.

3.2. Por su ámbito territorial

Teniendo en cuenta el ámbito territorial dentro del cual se ha formado el sindicato este puede ser de ámbito nacional, regional o local.

Un sindicato es **nacional**, cuando su ámbito de acción es todo el territorio de un país; será **regional** cuando agrupen a trabajadores de una región; y por último, se denominará **local** cuando afilien a trabajadores de una determinada provincia o distrito.

3.3. Por su grado de integración

Este criterio obedece a la jerarquía de las organizaciones sindicales, las que pueden ser de primer grado, segundo grado o tercer grado.

Serán **sindicatos de primer grado**, los organizados solamente por trabajadores, en tanto a personas naturales.

Estaremos ante un **sindicato de segundo grado**, cuando se encuentren conformados por sindicatos de primer grado, tal como es el caso de las federaciones.

Serán **sindicatos de tercer grado**, los conformados por sindicatos de segundo grado tal como es el caso de las confederaciones que son organizaciones de ámbito nacional.

3.4. Por su regulación en la legislación peruana

El TUOLRCT clasifica los sindicatos de la siguiente manera:

Sindicatos de empresa: Son aquellos constituidos por trabajadores que pertenecen a varias profesiones, oficios o especialidades, pero que tienen en común laborar para un mismo empleador (primer párrafo del artículo 5° del TUOLRCT). El artículo 4.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, ha precisado que estos sindicatos están formados por trabajadores que presten servicios para

un mismo empleador en uno o más centros de trabajo, unidades, áreas o categorías.

Sindicatos de actividad: Son aquellos constituidos por trabajadores de distintas profesiones, especialidades u oficios, que prestan servicios para dos o más empleadores de la misma rama de actividad. Para ser admitido en esta clase de sindicatos es requisito ser trabajador de empresas que realizan la misma actividad (segundo párrafo del artículo 5° del TUOLRCT).El artículo 4 del Reglamento ha adicionado que pueden ser empresas que concurren en la misma actividad.

Sindicato de Gremio: Son aquellos constituidos por trabajadores que pese a pertenecer a empresas distintas, que incluso pueden desarrollar actividades económicas diferentes, ejercen el mismo oficio, profesión, o actividad al interior de las mismas (tercer párrafo del artículo 5° del TUOLRCT y Artículo 4 del Reglamento modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR).

Sindicato de Oficios Varios: Agrupa a trabajadores que laboran para diversas empresas o de actividades diferentes, cuando en un determinado ámbito geográfico (provincia o región) no se den las condiciones de número mínimo legal de trabajadores que permitan constituir sindicatos de otro tipo (último párrafo del artículo 5° del TUOLRCT).

El artículo 4 del Reglamento modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, señala que estos sindicatos pueden estar conformados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad.

Además, el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, ha reconocido otras formas de sindicatos como son los de grupos de empresas, de cadena productiva, de redes de distribución y de cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente.

4. EL DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Los trabajadores no vinculados por un contrato de trabajo; es decir, los que realizan actividades en forma independiente, pueden constituir organizaciones

sindicales que los representen frente a terceros con la finalidad de defender sus intereses (artículo 6° del TUOLRCT).

Si bien existe autorización para que los trabajadores independientes puedan constituir organizaciones sindicales en la práctica no son numerosos los casos de formación de los mismos.

Un caso de trabajadores independientes que pueden organizarse sindicalmente es el de los porteadores, reconocidos como tales por la Ley N.° 27607, Ley del Porteador, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2001.

El segundo párrafo del artículo 2 del Reglamento modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, señala que los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo se encuentran comprendidos en su ámbito ,en consecuencia resulta razonable el aceptar que puedan formar organizaciones sindicales.

5. CASOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN

Si bien el inciso 1) del artículo 28.° de la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la libertad sindical de todo tipo de trabajadores, existen casos especiales en que la norma infraconstitucional consagra el derecho de sindicación de ciertos grupos laborales como veremos a continuación.

5.1. Trabajadores de empresas de intermediación laboral y tercerizadoras

En el caso de los trabajadores que prestan servicios en empresas de intermediación laboral, sean empresas de servicios o cooperativas de trabajadores, el artículo 4°-C del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, agregado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de setiembre de 2007, les reconoce expresamente los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, respecto de su empleador.

Con relación a los trabajadores integrantes de cooperativas de trabajo asociado, el Comité de Libertad Sindical (2018) ha sostenido lo siguiente:

> "En estas circunstancias, habida cuenta de lo previsto en el artículo 2 del Convenio núm.87, el Comité recuerda que la noción de trabajador incluye no sólo al trabajador dependiente sino también al

independiente o autónomo y considera que los trabajadores asociados en cooperativas deberían poder constituir organizaciones sindicales que estimen conveniente y afiliarse a las mismas" (p. 73).

Tratándose de los trabajadores que realizan actividades de tercerización laboral, la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de junio de 2008, en el inciso 2) de su artículo 7° les reconoce el derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

5.2. Trabajadores adolescentes

El artículo 66° del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 07 de agosto de 2000, señala que los adolescentes que trabajan pueden ejercer derechos laborales de carácter colectivo, pudiendo formar parte o constituir sindicatos por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo. Estos pueden afiliarse a organizaciones de grado superior.

5.3. Trabajadores portuarios

El artículo 19° de la Ley N° 27866, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de noviembre de 2002, el artículo 29° de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, modificado por el Decreto Supremo N° 004-2003-TR, así como el artículo 29° del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Trabajador Portuario, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2004-TR, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 27 de marzo de 2003 y el 27 de octubre de 2004, respectivamente, reconocen el derecho de los trabajadores portuarios a la sindicación, negociación colectiva y huelga.

5.4. Trabajadores artistas

El artículo 49° de la Ley N° 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 19 de diciembre del 2003, reconoce los sindicatos de artistas como organizaciones representativas que promueven la defensa de los intereses institucionales de sus miembros. Representan a los artistas afiliados de acuerdo a las normas laborales vigentes y a sus estatutos.

5.5. Trabajadores de obras hidroeléctricas

Según el artículo 3° de la Ley N° 15522 del 04 de abril de 1965, los trabajadores que prestan servicios en obras hidroeléctricas pueden constituir organizaciones sindicales de carácter nacional, con representación en las circunscripciones donde se realicen obras hidroeléctricas y afines, siempre que los mencionados trabajadores estén afiliados a dicha entidad representativa y observen las normas estatutarias de las mismas.

5.6. Trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios

De acuerdo con el inciso i) del artículo 6° de la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de abril del 2012, los trabajadores sujetos al régimen especial laboral del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) tienen derecho a la libertad sindical con sujeción al TUOLRCT.

5.7. Trabajadores de microempresas

Según el artículo 36° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente - Reglamento de la Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de setiembre de 2008, los trabajadores de las microempresas gozan de los derechos colectivos recogidos en la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales del Trabajo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y la normativa complementaria y modificatoria, en lo que les resulte aplicable.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 28 de diciembre de 2013, integra las disposiciones contenidas en la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, el Decreto Legislativo N° 1086 y las Leyes Nos. 29034, 29566, 29903 y 30056, estableciendo en el inciso 5) de su artículo 45° el respeto del derecho de los trabajadores a formar sindicatos, a elegir

a sus representantes y afiliarse o no a las organizaciones legalmente establecidas, sin que medie acto orientado a interferir con la realización de dichos derechos.

5.8. Teletrabajadores

Según lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, y el inciso e) del artículo 6° de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2015-TR, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de junio de 2013 y 03 de noviembre de 2015, respectivamente; los teletrabajadores tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, dentro de los que se encuentra el derecho de libertad sindical.

6. ÁMBITO GEOGRÁFICO DE LOS SINDICATOS

En cuanto al ámbito geográfico de los sindicatos, estos pueden organizarse con carácter local, regional o nacional.

Un sindicato será de alcance local cuando reúne a trabajadores de un mismo distrito o provincia; de carácter regional cuando lo hace con trabajadores de un departamento o región; finalmente su ámbito será nacional cuando comprenda a trabajadores de todo el país.

Cuando los sindicatos se organicen con ámbito local, regional o nacional la ley les autoriza a constituir secciones sindicales con la finalidad que puedan cumplir sus funciones al interior de la empresa (artículo 7° del TUOLRCT).

En cuanto a la sección sindical, los artículos 9.° y 10.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, ha establecido la regulación siguiente:

> **«Artículo 9.- Sección sindical**
> Tratándose de organizaciones sindicales de empresa, cuando ésta cuente con más de un centro de trabajo; de organizaciones sindicales de rama de actividad o gremio; o de cualquier otra organización sindical de ámbito supraempresarial; o de organizaciones de alcance local, regional o nacional; los/as trabajadores/as afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que laboren, la que ejercerá su representación en el ámbito que corresponda.

La relación de la sección sindical con su organización sindical se regula por el estatuto de esta última, no pudiendo asumir los fines y funciones a que se refiere el artículo 8 de la Ley, salvo por delegación expresa. La representación de la sección sindical estará a cargo de dos (02) delegados elegidos, en asamblea de afiliados de la empresa o centro de trabajo, según sea el caso».

«**Artículo 10.-** Número de secciones **sindicales**

No podrá constituirse más de una sección sindical por cada organización sindical en cada empresa o centro de trabajo».

Debe tenerse en cuenta también la siguiente norma:

«**Artículo 11.-** Son aplicables a la "Sección Sindical", en cuanto resulten pertinentes, las normas contenidas en la Ley y en el presente Decreto Supremo».

7. FINES Y FUNCIONES DE LOS SINDICATOS

De acuerdo con el artículo 8.° del TUOLRCT los sindicatos persiguen fines de representación y ejecutan funciones de carácter económico y social.

La norma citada en sus incisos a), b) y c) regula los fines de representación que tienen los sindicatos, mientras que en los incisos d) y e) se ocupa de las funciones de carácter económico y social de los mismos.

Sobre los fines de la representación de los sindicatos, RENDÓN (2014) comenta lo siguiente:

"**Extensión de facultades.** El campo de acción de los derechos o facultades de las organizaciones sindicales se halla limitado por el medio al cual pertenecen los trabajadores representados, que puede ser un centro de trabajo, una determinada profesión u ocupación, un gremio, una circunscripción territorial o un conjunto de profesiones u ocupaciones. De este modo, la extensión de la representatividad es mayor en una federación que en un sindicato, y mayor aún en una confederación que en una federación.

De aquí se desprende una consecuencia muy importante: cuando una organización de grado superior ejerce una facultad determinada en

> relación a un conjunto de empleadores o a las autoridades, las de grado inferior afiliadas tienen que abstenerse de ejercer por su cuenta esa misma facultad, por cuanto, por el acta de constitución o en el estatuto, han delegado su representatividad en la organización superior. De lo contrario, no se justificaría la existencia de esta" (pp. 96-97).

Los fines y funciones de los sindicatos serán materia de comentario en las líneas siguientes.

Los fines de representación de los sindicatos pueden ser: en conflictos colectivos y en conflictos individuales.

7.1. Representación en conflictos colectivos

De acuerdo con el inciso a) del artículo 8° del TUOLRCT los sindicatos están facultados para representar a sus dirigentes y afiliados en conflictos propios del Derecho Colectivo del Trabajo.

Los conflictos colectivos, según DE LA CUEVA (2000):

> "[...] son los que ponen en juego el interés común de todo o parte de una comunidad obrera, los que no hacen referencia a personas determinadas, sino que involucran los intereses generales y el derecho de la comunidad de trabajadores" (p. 517).

Así, por ejemplo, tenemos el incumplimiento por parte del empleador de un convenio colectivo en lo referente al otorgamiento de un local sindical o el despido de un dirigente sindical en represalia por tener tal calidad, en este último caso parecería que el conflicto es individual pues se solicita la nulidad del despido de una persona, pero en realidad lo que se está debatiendo es el respeto del derecho a la libertad sindical, pues, esta comprende la protección a los dirigentes sindicales.

7.2. Representación en conflictos individuales

Antes de la entrada en vigencia de la NLPT, los sindicatos para representar a sus integrantes en conflictos individuales requerían contar con el poder respectivo, tal como quedó precisado por el Acuerdo N.° 4 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1998.

Hoy en día de conformidad con el inciso 8.3) del artículo 8.° de la NLPT los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en defensa de los derechos individuales de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; bastando que en la demanda o contestación se identifique individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones.

Creemos conveniente resaltar que tratándose de trabajadores no afiliados al sindicato, este carece de representatividad respecto de ellos, por lo que no puede iniciar proceso alguno alegando su representación.

7.3. Funciones de carácter económico y social

Sobre las funciones de carácter económico y social, estas se encuentran referidas al auxilio y promoción de sus afiliados.

Sobre estas funciones que son de carácter social SUÁREZ (1985) comenta lo siguiente:

> "Son ilimitados, comienzan en la célula viva multifamiliar, que también es cada sindicato, porque cada afiliado, generalmente, pertenece a una familia; porque el sindicato –como asociación y como agrupación- forma parte de la sociedad, y porque el sindicato –al ser vigilante del cumplimiento del contrato de trabajo- considera que parte contratante, también, es la sociedad y que cualquier acción o fenómeno social tiene implicancia en el medio en el que el sindicato se desenvuelve. Por lo tanto, el sindicato no puede ser indiferente a los fenómenos económicos, políticos o culturales y debe influenciar o intervenir. Es en este mérito que el sindicato interviene como persona jurídica, se solidariza con la sociedad en el mantenimiento, por ejemplo, de centros asistenciales o postas médicas, pequeños hospitales, colonias vacacionales, baratillos, etc." (p. 36).

8. REPRESENTACIÓN SINDICAL EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Uno de los fines que persiguen los sindicatos es la representación de los trabajadores en el procedimiento de negociación colectiva. Respecto de este

tipo de representación el artículo 9° del TUOLRCT establece las reglas que comentaremos a continuación.

8.1. Caso de sindicatos mayoritarios

El sindicato que agrupe en su seno a la mayoría absoluta de trabajadores comprendidos en su ámbito tiene la representación de todos ellos, aunque no estén afiliados al sindicato. Esta disposición se justifica en razón que el sindicato mayoritario resulta ser el más representativo de los trabajadores.

8.2. Caso de pluralidad de sindicatos minoritarios

Cuando exista más de un sindicato pero ninguno alcance a ser mayoritario, se admite que la representación de los trabajadores puede estar a cargo de aquellos que en conjunto representen a más de la mitad de los mismos, para lo cual deberán acordar la manera como ejercerán su representación.

Esta representación puede ser a prorrata, proporcional o encomendada a uno de los sindicatos.

Finalmente si los sindicatos minoritarios no llegan a un acuerdo de representación, cada sindicato representará solo a sus afiliados.

Sobre la representación de los sindicatos minoritarios ,el artículo 4-A del Reglamento introducido por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, ha establecido lo siguiente:

"En materia de negociación colectiva, cuando el sindicato no afilia la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito , representa únicamente a sus afiliados de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley".

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) ha establecido la Doctrina Jurisprudencial siguiente:

> "Las convenciones colectivas celebradas por sindicatos que no afilien a la mayoría de los trabajadores comprendidos en su ámbito, no pueden extender sus efectos a aquellos trabajadores que no integren dichos organismos gremiales, incluso ante la inexistencia de un sindicato mayoritario que asuma la representación de la totalidad de los trabajadores.

En consecuencia tratándose de sindicatos minoritarios, el acuerdo que celebra la organización sindical con el empleador únicamente alcanza a sus afiliados, pudiendo además las partes celebrantes establecerlo así en el convenio colectivo a través de una cláusula delimitatoria" (Décimo Sexto considerando).

8.3. Caso de reclamación por una organización de integración sindical

Cuando la reclamación haya sido planteada por un órgano de integración sindical como son las Federaciones o una Confederación, se excluye la participación del o los sindicatos de grado inferior que la conforman al haber ella asumido la representación del conjunto de sus afiliados (artículo 7° del Reglamento).

9. OBLIGACIONES DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

El artículo 10° del TUOLRCT establece las obligaciones que una organización sindical debe cumplir tanto internamente como externamente frente a su empleador o frente a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

9.1. Obligaciones internas

En su ámbito interno el sindicato tiene las obligaciones siguientes:

Respeto a la institucionalidad sindical (inciso a del artículo 10° del TUOLRCT)

El sindicato como grupo organizado y reconocido por el derecho, está obligado a respetar sus normas institucionales así como las normas y reglamentos que les resulten aplicables.

Llevar libros sociales y contables (inciso b del artículo 10° del TUOLRCT)

El sindicato deberá llevar libros asociativos y contables que correspondan, los mismos que deberán estar sellados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Sobre los libros que deben llevar los sindicatos, ELÍAS (2003) explica lo siguiente:

"Estos libros son documentos del registro a la actividad sindical. Su valor radica en que muchas veces son prueba preconstituida, esto es de existencia anterior a los hechos que sustentan una determinada discusión en un proceso judicial.

Se hace mención específica a tres libros que todo sindicato debe llevar en forma obligatoria que son:

a. **Libro de Actas.-** En el cual se registra toda la actividad sindical, tanto de la Junta Directiva como de la Asamblea de trabajadores. Este documento es fundamental para demostrar eventualmente la validez de los acuerdos que hubiesen tomado los organismos sindicales.

b. **Libro de Registro de Afiliación.-** Que consigna el padrón de afiliados al Sindicato y que resulta de importancia para demostrar quienes forman parte del sindicato y por lo tanto son representados por éste. El valor de este documento es innegable pues uno de los presupuestos de la representación sindical es que el representado sea afiliado al sindicato siendo el registro en el libro la demostración de la afiliación.

c. **Libros de Contabilidad.-** Al no hacerse mención específica a los libros que debe llevar una organización sindical se deduce que ellos son los exigidos por la Ley para toda persona que realiza una actividad económica. Por razones operativas ha debido señalarse específicamente los libros que debe llevar un sindicato.

Los mencionados libros deben ser sellados por la Autoridad de Trabajo excluyéndose por lo tanto la intervención de los funcionarios que usualmente legalizan o sellan los libros contables o de actas de las sociedades u otras organizaciones.

En los libros de actas deben registrarse obligatoriamente los actos más trascendentales tanto de la junta directiva, como de la asamblea de trabajadores.

Los libros a que hace referencia pueden ser objeto de solicitudes de exhibición por parte tanto del empleador como de los afiliados al sindicato en caso de juicios seguidos contra éste. Así por ejemplo, tenemos que el artículo 8° del Decreto Ley N° 25593 le atribuye a la

> organización sindical la representación de sus afiliados lo que significa que cuando acciona a favor de ellos tiene que demostrar la afiliación cuya comprobación se llevará a cabo con el libro de Registro de Afiliación. También en algunos casos se podrá solicitar la exhibición del libro de actas siendo evidente que tal facultad no es irrestricta y está condicionada a su pertinencia dentro del correspondiente litigio" (pp. 20-21).

De acuerdo con la Resolución Ministerial N° 107-2017-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de junio de 2017, que aprueba la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los requisitos para cumplir con el sellado de libro de actas, de registro de afiliación y de contabilidad son los siguientes:

> "Solicitud según formato, debidamente suscrita por la representación sindical, comunicada a la Autoridad Administrativa de Trabajo, indicando número de expediente, adjuntando el o los libros en blanco; en el caso del segundo libro y siguientes, adjuntar al libro anterior, para dejar constancia de su conclusión".

Registro de actas y sesiones (inciso c del artículo 10° del TUOLRCT)

Establece la obligación de asentar las asambleas y sesiones de junta directiva en los libros correspondientes, así como los acuerdos y demás decisiones que atañen al interés general.

Otorgamiento de credenciales (inciso e del artículo 10° del TUOLRCT)

Otorgar a sus dirigentes las credenciales que los acrediten como tales.

Otros que señale la ley (inciso f del artículo 10° del TUOLRCT)

Es una disposición abierta que indica que los sindicatos deberán cumplir con las demás leyes y normas que los regulan.

El Decreto Legislativo N.° 1499, publicado el 10 de mayo del 2020, otorga facilidades para la emisión, remisión y conservación de documentos en materia laboral por los empleadores o trabajadores haciendo uso de tecnologías de la

información y comunicaciones para la sustitución de los documentos físicos y firmas alegadas.

9.2. Obligaciones ante la Autoridad de Trabajo (inciso d del artículo 10°)

Ante la Autoridad Administrativa de Trabajo las organizaciones sindicales tienen la obligación de comunicar la modificación de los estatutos, la designación y los cambios de los integrantes de la junta directiva y la elección de delegados, para lo cual deberán cumplir con los requisitos exigidos por los artículos 26.°-A, 26.°-B, 26.°-C y 26.°-D del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.°006-2019-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de mayo de 2019.

El artículo 3.° del Decreto Legislativo N.° 1499 otorga facilidades para el cumplimiento de las obligaciones antes señaladas, empleando tecnologías de información y comunicación, tales como la grabación de audio y video, correo electrónico, aplicaciones de mensajería instantánea, entre otros.

9.3. Obligaciones ante el empleador

En el inciso d) del artículo 10° del TUOLRCT se establece la obligación de comunicar al empleador la nómina de la junta directiva y los cambios que se produzcan en la misma dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de producidos.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la República (1997) ha señalado lo siguiente:

> "Para oponer a un empleador la calidad de dirigente sindical de un trabajador a efectos de la protección especial contra el despido es necesario que previamente se haya comunicado a aquel la designación de éste conforme a las disposiciones del inciso d) del artículo diez del Decreto Ley número veinticinco mil quinientos noventa y tres".

10. PROHIBICIONES A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

El derecho de sindicación como todo derecho se encuentra sujeto a limitaciones en su ejercicio, por tal motivo para evitar que los sindicatos se alejen de los verdaderos fines del sindicalismo, el artículo 11° del TUOLRCT consigna

un listado de prohibiciones que deben respetar las organizaciones sindicales, las que nos merecen los comentarios que se expresan en las líneas siguientes.

10.1. Prohibiciones de política partidaria (inciso a del artículo 11° del TUOL-RCT)

Prohíbe expresamente a los sindicatos dedicarse a la actividad política partidaria, pero reconoce que este impedimento no puede afectar las libertades reconocidas por la Constitución y los Convenios de la OIT ratificados por nuestro país.

Sobre este punto BOZA y otros (1994) nos dicen lo siguiente:

> «El Comité de Libertad Sindical ha reconocido que "la frontera que separa lo político de lo puramente sindical es difícil de delimitar con claridad", pues "las dos nociones se entrelazan", resultando siempre "difícil efectuar una distinción clara entre lo político y lo realmente sindical". Ha señalado también que la imposición de una prohibición general a los sindicatos de toda actividad política, "puede suscitar dificultades ya que la interpretación que se dé en la práctica a esta disposición puede modificar en todo momento y reducir en gran medida las posibilidades de acción de las organizaciones". En opinión del citado Comité, "los Estados, sin llegar a prohibir en general toda actividad política a las organizaciones profesionales, deberían dejar a las autoridades judiciales la tarea de reprimir los abusos que puedan cometer las organizaciones que pierdan de vista su objetivo fundamental, que debe ser el progreso económico y social de sus miembros".

En el caso concreto de la norma bajo comentario, el Comité ha señalado "que si este artículo es interpretado como prohibición de toda actividad política sería incompatible con los principios de la libertad sindical". Menciona además que "las organizaciones sindicales deberían tener el derecho de expresar su punto de vista sobre la política económica y social del Gobierno".

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, se ha pronunciado en el sentido "que no cabe limitar estrictamente la acción de las organizaciones sindicales a la sola esfera

profesional". En opinión de la citada Comisión, la prohibición general de realizar actividades políticas es incompatible con el Convenio 87 de la IOT, además de que resulta "imposible hacerla respetar en la práctica" (p. 40).

10.2. Prohibición de coacción para la afiliación o desafiliación de las organizaciones sindicales (inciso b del artículo 11° del TUOLRCT)

Es una aplicación directa del principio de libertad sindical, pues, proscribe que los sindicatos directa o indirectamente coaccionen a los trabajadores para ingresar o retirarse de la organización sindical, reconociéndose el derecho de la organización sindical a expulsar a sus miembros conforme a lo previsto en su estatuto.

10.3. Prohibición de actividades lucrativas (inciso c del artículo 11° del TUOLRCT)

Los sindicatos se encuentran impedidos de dedicarse a actividades lucrativas, por tal motivo se prohíbe la utilización del patrimonio sindical en fines diversos distintos a los que son inherentes a esta clase de organizaciones, o sin tener autorización conforme a lo dispuesto en la ley o el estatuto.

10.4. Prohibición de distribuir el patrimonio sindical (inciso d del artículo 11° del TUOLRCT)

El patrimonio sindical no puede ser distribuido entre los afiliados. Esta prohibición tiene su fundamento en la finalidad no lucrativa de los sindicatos que son organizaciones creadas para la defensa de los intereses de los trabajadores, pero no para obtener algún beneficio económico de naturaleza ajena a la laboral.

10.5. Prohibición de actos ilícitos (inciso e del artículo 11° del TUOLRCT)

Esta prohibición persigue evitar que los sindicatos se conviertan en organizaciones utilizadas para la comisión de actividades ilícitas o destinadas a subvertir el orden público.

11. FUNDACION DEL SINDICATO

La fundación es el acto jurídico por el cual se da origen o inicio a un sindicato. Según el artículo 16 del TUOLRCT, el acto fundacional deberá efectuarse en asamblea general en la cual deben realizarse dos actos

trascendentales: la aprobación del estatuto , y la elección de la primera junta directiva.

El estatuto sindical es el documento fundamental que reglamenta de manera general la estructura interna del sindicato, la manera como debe funcionar, la actividad hacia el exterior , así como los derechos y obligaciones de sus afiliados.

Sobre la constitución de organizaciones sindicales, la primera parte del artículo 21 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, señala lo siguiente:

"Los trabajadores deben cumplir con las siguientes condiciones para constituir una organización sindical:

- La realización de la Asamblea General de Constitución de la organización sindical en donde se aprueba el estatuto y se elige la Junta Directiva.
- El número mínimo de afiliados establecido por ley según la organización sindical a constituir .Este también es un requisito para la subsistencia de la organización sindical".

12. EL REGISTRO SINDICAL

El registro sindical ante la Autoridad Administrativa de Trabajo constituye un acto administrativo no constitutivo cuyo fin es el de publicitar o dar a conocer la conformación de una organización sindical; esto quiere decir, que la organización sindical no se forma o existe por los efectos jurídicos generados por el registro como tal, sino por la voluntad concertada de sus integrantes.

El artículo 17 del TUOLRCT dispone que todo sindicato debe inscribirse en el registro correspondiente ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. El registro es un acto formal ,no constitutivo, y no puedes ser denegado salvo que no se cumpla con los requisitos previstos en el TUOLRCT.

Según el artículo 22 del Reglamento modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, el registro de las organizaciones sindicales previsto en el artículo 17 del TUOLRCT, se efectuará en forma automática , a la sola presentación de la solicitud con los requisitos previstos por el artículo 21 del mismo Reglamento.

El artículo 21 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, para el registro sindical señala lo siguiente:

"Una vez constituida la organización sindical , para efectos de registro ,la Junta Directiva debe presentar a la autoridad Administrativa de Trabajo, solicitud en forma de Declaración Jurada, según formulario, adjuntando los siguientes documentos.

a) Copia simple del acta de asamblea general constitución de la organización sindical y su denominación , en la que se indique que se aprobó el estatuto y se eligió a la Junta Directiva, debidamente firmada por los participantes;
b) Copia simple del estatuto de la organización sindical;
c) Nómina de afiliados, en el caso de organizaciones sindicales ámbito empresarial, con expresa indicación de sus nombres y apellidos y número de Documento Nacional de Identidad; Libreta del adolescente trabajador o documento oficial del trabajador extranjero según corresponda. Si la organización sindical es de ámbito supra empresarial, se indicará además el nombre de sus respectivos empleadores;
d) En caso de federaciones o confederaciones ,indicar el nombre y el número de registro sindical de las organizaciones sindicales afiliadas;
e) Nómina de la Junta Directiva elegida".

De conformidad con el artículo 25 del Reglamento modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo , que denieguen o rechacen el registro sindical son susceptibles de apelación dentro de tercer día de notificadas. Contra lo resuelto en segunda instancia procede recurso de revisión , conforme a lo establecido en el artículo 218 del Texto Unico Ordenado de la Ley No.27444,Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No.04-2019-JUS.

Sobre el registro sindical la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) ha establecido lo siguiente:

"[...] el registro sindical es solo un acto formal que no da origen al sindicato; es decir, solo constituye un requisito para que el sindicato

obtenga la personería gremial, tal es así que el artículo 17° del Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-T R, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el cinco de octubre de dos mil tres, establece que el registro sindical es un mero acto formal no constitutivo, el cual no puede ser denegado salvo que medie incumplimiento de alguno de los requisitos previstos por la ley" (Noveno considerando).

En cuanto a la competencia territorial para el registro sindical, el artículo 23 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, señala que las organizaciones sindicales de ámbito nacional se registrarán ante la Dependencia respectiva de la Sede Central del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Si el ámbito es local o regional, ante la Autoridad de Trabajo del lugar donde se encuentre ubicado el centro de trabajo o el mayor número de trabajadores, según el caso.

El trámite podrá realizarse de manera virtual, pudiéndose obtener por esta misma vía la constancia de inscripción de loa actos a que se refiere el artículo 26-A del Reglamento.

13. EL PATRIMONIO SINDICAL

Si bien es cierto los sindicatos son organizaciones que no persiguen el lucro, para cumplir con los fines para los que fueron constituidos necesitan contar con recursos económicos que les permitan afrontar los gastos en que incurran, tales como el mantenimiento del local sindical, útiles de oficina, impresiones, pago de asesores, cuotas a organismos sindicales de grado superior, entre otros; para ello debe contar con un patrimonio.

13.1. Definición

El patrimonio sindical puede definirse como todos aquellos bienes muebles e inmuebles, contribuciones obligatorias y voluntarias de los afiliados o terceros, donaciones, multas impuestas a los afiliados por el infracción de alguna obligación y en general, por todos aquellos bienes que adquiera la organización sindical a

título oneroso o gratuito, que le permiten alcanzar los fines para los cuales fue constituida.

El TUOLRCT en su artículo 27° señala lo siguiente:

"**Artículo 27.-** El patrimonio del sindicato está constituido:

a) Por las cuotas de sus miembros y otras contribuciones obligatorias, cuyo monto y exigibilidad deben fijarse en el estatuto.
b) Por las contribuciones voluntarias de sus miembros o de terceros.
c) Por los demás bienes que adquiera a título gratuito u oneroso".

13.2. La cuota sindical (literal a del artículo 27°)

La cuota sindical nace con las primeras organizaciones sindicales en las cuales los trabajadores aportaban directamente una suma de dinero mano a mano a favor de su organización gremial.

En el Perú, la Ley N° 15171 el 24 de octubre de 1964, estableció la obligación patronal de deducir por planilla de pago las sumas que por concepto de cuotas sindicales ordinarias y extraordinarias, le fuesen solicitadas por los sindicatos; así como aquellas destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados.

13.3. Precisiones sobre el término cuota sindical

Tanto en el Derecho Comparado como en la Doctrina la expresión "cuota sindical" encuentra también como sinónimos a las expresiones "cotización sindical", "cuota gremial", entre otras.

En nuestro derecho positivo encontramos que el artículo 28° del TUOLRCT utiliza la expresión cuota sindical.

13.4. Definición de cuota sindical

Podemos definir la cuota sindical como aquella contribución pecuniaria efectuada por los afiliados a la organización sindical, mediante la cual se garantiza la supervivencia del sindicato, facilitando de esta manera su funcionamiento, así como la consecución de sus objetivos en beneficio de sus adeptos.

13.5. Importancia del pago de la cuota sindical

Sobre la importancia que los asociados a un sindicato paguen su cuota sindical LA HOZ (1976) nos dice lo siguiente:

> "[...] la regularidad con que los asociados paguen sus cotizaciones es cuestión de capital importancia para la vida de una organización de trabajadores. Si las cotizaciones son insuficientes o irregulares, es probable que el sindicato no pueda desarrollarse ni llevar a cabo una acción eficaz de defensa de los intereses de sus miembros" (p. 353).

13.6. Clases de cuota sindical

A continuación citaremos algunas de las clasificaciones efectuadas por la doctrina para finalmente realizar una propia.

Según BOZA (1994) y otros las cuotas sindicales pueden adoptar las formas siguientes:

> "i) Cuotas sindicales legales: de la forma que lo determinen las normas legales que las institucionalicen. Lo cual podría constituir una injerencia estatal.
> ii) Cuotas sindicales ordinarias: siempre que se mantenga una afiliación activa al sindicato.
> iii) Cuotas sindicales extraordinarias: siempre y cuando sean comunes a todos los miembros del sindicato. Limitación criticable en el supuesto que dicha cuota haya sido expresamente aceptada por aquellos militantes a quienes afecta la misma.
> iv) Contribuciones destinadas a la constitución y fomento de cooperativas de trabajadores sindicalizados: siempre y cuando sean comunes a todos los militantes sindicales cooperativistas" (p. 68).

Por su parte ETALA (2001) presenta la clasificación de la cuota sindical en los términos siguientes:

> "Como la misma ley se encarga de clasificarlas, las cuotas o cotizaciones pueden ser *ordinarias* o *extraordinarias*. Son cuotas *ordinarias* las que, fijadas por la asambleas o congresos de la asociación sindical, aportan

regularmente (por lo general en forma mensual) los afiliados para el sostenimiento de la administración normal de la entidad sindical. Son, en cambio, cuotas extraordinarias las que, fijadas también por las asambleas o congresos de la asociación sindical, son decididas excepcionalmente para atender una necesidad determinada no habitual de la administración sindical.

Se trata, por ejemplo, de superar una dificultad financiera impostergable, afrontar la creación de una biblioteca, la construcción de una guardería infantil o de un hotel de turismo, etcétera" (p. 265).

Por nuestra parte consideramos que la cuota sindical puede ser legal, ordinaria y extraordinaria.

13.6.1. La cuota sindical legal

Es aquella que se establece mediante una norma jurídica estatal. Un ejemplo de este tipo de cuota fue la que estableció el Decreto Supremo N° 039-90-TR del 27 de junio de 1990, la cual autorizaba a los empleadores de los centros de trabajo en los que se hayan constituido organizaciones sindicales, sin importar el nivel, a descontar el 1% de la remuneración regular que percibía cada trabajador afiliado por concepto de cuota sindical. Dicho monto era distribuido proporcionalmente en sus correspondientes niveles a razón del 50% para la organización sindical del centro de trabajo; 25% para la federación que designara el sindicato y a la cual se encontraba afiliado, y 25% para la confederación respectiva.

Actualmente esta norma ha quedado tácitamente derogada por el TUOLRCT.

13.6.2. La cuota sindical ordinaria

La cuota sindical ordinaria es aquella suma retenida de la remuneración del trabajador de manera habitual por el empleador, cuyo destino es cubrir las necesidades permanentes de la organización sindical.

La cuota sindical ordinaria debe ser establecida en el estatuto de la organización sindical resultando exigible al trabajador mientras se mantenga como miembro activo de la misma.

13.6.3. La cuota sindical extraordinaria

La cuota sindical extraordinaria es aquella suma retenida por el empleador de la remuneración del trabajador para atender necesidades ocasionales o imprevistas.

El TUOLRCT exige que para que el empleador pueda retener la cuota sindical extraordinaria, esta debe ser común a todos los afiliados (artículo 28°).

13.7. Procedencia del descuento por cuota sindical

Como sabemos las remuneraciones solo pueden ser reducidas o gravadas por mandato legal o judicial; sin embargo, la legislación faculta que con autorización del trabajador y a solicitud del sindicato, el empleador puede deducir el monto correspondiente a la cuota sindical.

El artículo 28° del TUOLRCT establece lo siguiente:

> **"Artículo 28.-** El empleador, a pedido del sindicato y con la autorización escrita del trabajador sindicalizado, está obligado a deducir de las remuneraciones las cuotas sindicales legales, ordinarias y extraordinarias, en este último caso, cuando sean comunes a todos los afiliados. Similar obligación rige respecto de aquellas contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados".

Del contenido del artículo citado podemos concluir que, para la procedencia del descuento por concepto de cuota sindical de la remuneración de los trabajadores, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Solicitud cursada por el organismo sindical al empleador.
b) Autorización expresa del trabajador sindicalizado, y
c) En caso de tratarse de cuotas extraordinarias, que sean comunes a todos los afiliados.

ELÍAS (2003) comentando este dispositivo legal nos dice lo siguiente:

> "Este artículo sustituye lo que estaba regulado en la Ley 15171 por la cual se le obligaba, previo cumplimiento de determinados requisitos señalados en dicho dispositivo, a retener las cuotas sindicales de la

> remuneración de los trabajadores, para entregar las mismas a la organización sindical.

El espíritu de la norma es facilitar la cobranza de las cuotas sindicales en la fuente, esto es del pago de la remuneración, lo que constituye una facilidad de gran importancia para el sindicato relevándolo del esfuerzo de cobranza individual que no siempre resulta fácil de cumplir por la renuencia natural de todo trabajador de sufrir un recorte en su remuneración" (p. 93).

Sobre la posibilidad que el empleador unilateralmente deje de descontar los aportes por cuota sindical, la jurisprudencia de la Corte Suprema (2001) ha señalado lo siguiente:

> "Que, teniendo en cuenta el ámbito de representación del Sindicato, la Empresa demandada de conformidad a los artículos veintiocho y veintinueve del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventitrés está obligada a deducir de las remuneraciones de sus trabajadores, las cuotas sindicales entregadas al sindicato, ya que no existe petición de los trabajadores o del mismo sindicato para que se suspendan.
>
> El empleador ha incurrido en un error de interpretación del artículo veintinueve del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventitrés al no disponer la entrega de las cotas sindicales ya retenidas a favor del sindicato demandante".

13.8. Procedimiento para el descuento de la cuota sindical

El artículo 16°-A incorporado al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por mandato del Decreto Supremo N° 003-2017-TR y modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, establece el procedimiento siguiente:

a) Solicitud al empleador

La organización sindical deberá presentar al empleador por única vez el apartado de los estatutos o el acta de asamblea en el que se establezca la cuota ordinaria o extraordinaria, así como sus eventuales modificaciones; la relación y/o comunicación de trabajadores afiliados y la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical, firmada por cada uno de los trabajadores comprendidos en

la comunicación (literal a del artículo 16°-A, modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR).

b) Depósito del monto de la cuota sindical en una entidad del sistema financiero

Toda organización sindical perceptora de la cuota sindical debe proceder a la apertura de una cuenta en el sistema financiero. El registro sindical otorga a la organización sindical personería para efectos de ser titular de una cuenta en el sistema financiero (literal b del artículo 16°-A, modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR).

El empleador está obligado a realizar el depósito de las cuotas retenidas en una cuenta del sistema financiero, de titularidad de la organización sindical, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de efectuada la retención. Está prohibido el abono de las cuotas retenidas en cualquier otra modalidad bajo sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento (literal c del artículo 16°-A, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR).

Si la organización sindical no es titular de una cuenta del sistema financiero, el empleador que retiene la cuota sindical se constituye en depositario hasta que la organización sindical le comunique la cuenta de su titularidad. Mientras dure esta situación no se genera ningún tipo de interés u otro beneficio en favor de ninguna de las partes (literal f del artículo 16°-A modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR).

c) Cuotas sindicales a organismos de grado superior

Según el texto modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR las federaciones y confederaciones deberán comunicar a los empleadores de sus afiliados lo siguiente:

> "(i) el apartado de los estatutos o acta de la asamblea de la organización de grado superior, en el que se establezca la cuota sindical;
> (ii) el documento que acredite la afiliación directa o indirecta de la organización sindical a la federación o confederación, sea al momento de la constitución de esta o con posterioridad. Para tal efecto, se entiende por afiliación indirecta, la relación establecida entre un

sindicato y una confederación a través de la afiliación de aquel sindicato a una federación afiliada, a su vez, a dicha confederación;

(iii) el monto o la proporción correspondiente de la cuota sindical;

(iv) la cuenta de la entidad del sistema financiero donde se efectúe dicho abono.

La retención y abono de la cuota sindical conforme a la comunicación señalada en el párrafo anterior exime de responsabilidad al empleador por los depósitos efectuados. Tampoco existe responsabilidad del empleador por la retención y abono de la cuota sindical a una federación o confederación que ya no corresponde, si la organización sindical no informa oportunamente su desafiliación o el cambio de organización de grado superior.

En supuestos de cambio de organización de grado superior debe cumplirse con la comunicación señalada en el literal d) para que el empleador proceda con la retención y abono de la cuota sindical.

En todos los casos, el abono a la cuenta de la entidad del sistema financiero se realiza conforme al literal c) del presente artículo".

d) Registro de descuentos por cuota sindical

El empleador debe registrar el monto de descuento por cuota sindical en la planilla electrónica, indicando el número de Registro Sindical o el número de Registro Único de Contribuyente (RUC) de la organización sindical u organizaciones sindicales, según corresponda (literal e del artículo 16°-A incorporado por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR).

13.9. Revocatoria de la autorización de descuento de la cuota sindical

El artículo 29° del TUOLRCT señala expresamente lo siguiente:

"**Artículo 29.-** La retención de las cuotas sindicales a un trabajador cesará a partir del momento en que éste o el sindicato comunique por escrito al empleador la renuncia o expulsión".

El artículo precisa el momento a partir del cual el empleador está obligado a dejar de efectuar las retenciones por el concepto de cuota sindical.

En el caso del trabajador, para revocar la autorización de descuento por planilla de la cuota sindical, deberá presentar a su empleador un documento que acredite su desafiliación de la organización sindical correspondiente, sin perjuicio de la obligación de la misma de informar oportunamente al empleador sobre la desafiliación (literal g del artículo 16°-A incorporado por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR y modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR.

13.10. Aportes a organizaciones de grado superior

En caso la organización sindical se encuentre afiliada a organizaciones de grado superior, se seguirán las mismas reglas en lo que resulte aplicable. (Último párrafo del artículo 16°-A del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo N° 003-2017-TR y modificado por Decreto Supremo No014-2022-TR).

13.11. Sanciones por incumplimiento del descuento y entrega de la cuota sindical

El numeral 24.10) del artículo 24° del Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, citado anteriormente, tipifica como una infracción grave en materia de relaciones laborales la siguiente:

> "24.10 El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el descuento y la entrega de cuotas sindicales y contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados".

El artículo citado considera como una infracción grave en materia de relaciones laborales el incumplimiento de la retención y depósito en una entidad financiera de la cuota sindical, pues, este proceder atenta contra la subsistencia del sindicato como tal, debido a que impide que dicha organización pueda acceder a los medios económicos que faciliten el cumplimiento de los fines para los cuales fue constituida; de igual modo considera que todo incumplimiento en el descuento o entrega de las contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas de trabajadores sindicalizados constituye falta grave.

13.12. Las contribuciones voluntarias de los miembros del sindicato o de terceros (literal b del artículo 27°)

Los trabajadores sindicalizados pueden voluntariamente efectuar contribuciones voluntarias o donaciones a favor de su organización gremial.

Sobre las contribuciones o donaciones de terceros al sindicato, creemos que se debe tener una interpretación restringida de la norma, pues, no resulta admisible que estos aportes o donaciones puedan venir del empleador o de algún partido político, puesto que ello constituiría un acto de injerencia que sometería al sindicato a la voluntad patronal o de ser el caso, a las directivas de alguna organización política.

13.13. Los demás bienes que adquiera a título gratuito u oneroso (literal c del artículo 27°)

Los sindicatos como cualquier otro tipo de organizaciones reconocidas por el derecho pueden adquirir bienes muebles o inmuebles, los que pasarán a formar parte de su patrimonio.

Igualmente podrá percibir donaciones, con los límites señalados en el numeral anterior; es decir, que no provengan del empleador o de algún partido político.

Constituyen entes válidos para efectuar donaciones a favor de los sindicatos de primer grado, las federaciones y confederaciones, otros sindicatos, así como organismos sin fines de lucro que promueven el sindicalismo o el bienestar de los trabajadores. Estos aportes y donaciones, deberán buscar fortalecer a los sindicatos asociados y no el enriquecimiento individual de sus dirigentes.

13.14. Liquidación del patrimonio sindical

La liquidación se refiere a la distribución del patrimonio de la organización sindical que se disuelve.

Efectuada la disolución voluntaria o judicial de la organización sindical, debe procederse a la liquidación del patrimonio del sindicato disuelto.

Al respecto, el artículo 34° del TUOLRCT establece lo siguiente:

"**Artículo 34.-** El patrimonio sindical que quedare, una vez realizados los activos y pagados los pasivos, será adjudicado por el liquidador a

la organización sindical que el estatuto o la asamblea general designe para tal efecto. A falta de tal designación se adjudicará a la Beneficencia Pública del domicilio del sindicato o a una institución u organización de utilidad social oficialmente reconocida".

BOZA y otros (1994) comentando este artículo nos dicen lo siguiente:

"En primer lugar, han de honrarse las deudas contraídas y traducirse a dinero los bienes del ente sindical, a efectos de que la adjudicación del remanente se efectúe una vez cumplidas todas las obligaciones del ente sindical.

El remanente será entregado a la organización de trabajadores que haya sido elegida adjudicataria por el estatuto o por la asamblea general – de conformidad con la atribución que le reconoce el art. 22, inc. g) de la LRCT.

En los supuestos de disolución voluntaria por fusión o absorción con otras organizaciones sindicales, la asamblea general de afiliados determinará que el patrimonio que reste sea entregado al nuevo ente sindical que se constituye o al sindicato que lo absorbe, respectivamente.

En los demás supuestos de disolución voluntaria o judicial – salvo la referida a quiebra – el sindicato determinará soberanamente, a través de su asamblea general o remitiéndose a lo establecido por su estatuto, qué organización sindical será la adjudicataria del patrimonio sindical.

Si el estatuto no dispone nada al respecto o la asamblea general no lo llega a determinar, el liquidador del sindicato designará, supletoriamente, a la Beneficencia Pública del domicilio del sindicato o a una organización o institución de utilidad social oficialmente reconocida, como destinataria del patrimonio sindical.

Como puede apreciarse de la simple lectura de la norma bajo análisis, la LRCT veda la posibilidad que sean los propios militantes sindicales los beneficiarios del remanente del patrimonio de su organización. Asimismo, no se prevé que ante el silencio del estatuto o de la asamblea general el patrimonio sindical sea adjudicado por el liquidador a otra organización de trabajadores que cumpla iguales fines que la disuelta" (pp. 79-80).

Queda claro que la ley no permite que los afiliados a un sindicato puedan obtener beneficios económicos con el remanente de la liquidación, pues, las organizaciones sindicales no tienen finalidad lucrativa.

14. LA INTEGRACIÓN SINDICAL

La integración sindical es la facultad que tienen los sindicatos de base para constituir organizaciones sindicales de grado superior, denominadas federaciones y confederaciones.

14.1. Constitución de organizaciones sindicales de grado superior

Sobre la constitución de organismos de grado superior el artículo 36° del TUOLRCT establece lo siguiente:

> **"Artículo 36°.-** Para constituir una federación se requiere la unión de no menos de dos (2) sindicatos registrados de la misma actividad o clase. Para constituir una confederación se requiere la unión de no menos de dos (2) federaciones registradas".

El artículo citado anteriormente establece los requisitos para la conformación de organizaciones sindicales de grado superior; es decir, federaciones y confederaciones. En el primer caso, se requiere la unión de dos o más sindicatos de primer grado que se hayan registrado con la misma actividad o clase; mientras que en el segundo caso, se requiere la unión de dos o más federaciones. Las organizaciones deberán encontrarse debidamente registradas conforme a lo dispuesto en los artículos 17°, 18° y 19° del TUOLRCT.

> De acuerdo con ERMIDA (1991):
> "El derecho de los sindicatos a formar uniones de sindicatos, federaciones y confederaciones, tanto nacionales como internacionales, está expresamente reconocido por el artículo 5 del Convenio Internacional del Trabajo No. 87.
> [...] el principio de libertad sindical reconocido a los sujetos individuales de afiliarse libremente a las organizaciones de su elección se traslada al ámbito colectivo, con iguales alcances" (p. 38).
> Por su parte ETALA (2001) refiere lo siguiente:

> "Que la facultad federativa constituye una manifestación de la libertad sindical no sólo queda en evidencia por su inclusión en la normativa del convenio 87, sino también porque el art. 6° de este mismo convenio establece: "Las disposiciones de los arts. 2°, 3° y 4° de este convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores". Esto significa que las federaciones y confederaciones, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (art. 2°), tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción (art. 3°. 1). Las autoridades deben abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal (art. 3°. 2). Las federaciones y confederaciones no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa (art. 4°)" (p. 115).

Según OSPINA (2005) refiriéndose a la conformación de organizaciones sindicales de grado superior, nos dice lo siguiente:

> "[...] las de segundo grado constituyen el piso intermedio del edificio sindical y surgen del derecho que tienen las organizaciones de primer grado a organizarse en federaciones sindicales; casi siempre abarcan las unidades territoriales políticas del orden departamental (...), pero también pueden tener una cobertura de orden nacional (...); y, finalmente; las de tercer grado o las confederaciones, constituidas a su vez por federaciones; éstas casi siempre son de orden nacional. A una confederación también se pueden afiliar de manera directa una organización sindical de primer grado, si los estatutos de aquélla lo permiten" (pp. 82-83).

14.2. Registro de federaciones y confederaciones

Como ocurre con los sindicatos, la inscripción de las federaciones y confederaciones se realiza de forma automática, para lo cual el Texto Único

de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, modificado por la Resolución Ministerial N° 107-2017-TR requiere únicamente la presentación de la solicitud en forma de declaración jurada, la cual estará acompañada de los siguientes documentos:

a) Copia simple del Acta de Asamblea General de Constitución de la organización sindical con su denominación;
b) Copia simple de Estatutos;
c) Nómina de afiliados (sindicatos o federaciones)
d) Indicar el nombre y número de registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, de los sindicatos o federaciones afiliadas.

14.3. Facultad de desafiliación de organismos de integración sindical

La posibilidad que un sindicato o federación puedan retirarse de su respectivo órgano de integración es reconocida por el artículo 37° del TUOLRCT, el cual prescribe lo siguiente:

> "**Artículo 37°.-** Lo sindicatos y federaciones podrán retirarse de las respectivas organizaciones de grado superior en cualquier momento, aunque exista pacto en contrario".

Esta facultad de desafiliación es consecuencia de la libertad sindical colectiva, por lo que, aun cuando exista pacto en contrario, procede el retiro de un sindicato o federación, por tal motivo cualquier acuerdo en contra carece de validez y no obliga al sindicato o federación que lo hubiese suscrito.

Al respecto, BOZA (1994) y otros nos dicen lo siguiente:

> "La libertad de federación, que forma parte de la libertad sindical, comprende al igual que ésta, la libertad en sentido positivo y en sentido negativo. En cuanto a la libertad negativa de federación, ésta comprende la libertad de las organizaciones sindicales de no afiliarse a organismos de grado superior, o estando afiliadas, gozan del derecho de retirarse en cualquier momento, aunque exista pacto en contrario" (p. 83).

14.4.Regulación de federaciones y confederaciones

Las federaciones son organismos sindicales de segundo grado constituidas por dos o más sindicatos de primer grado. Su representación estará determinada por su ámbito de actuación y ámbito geográfico que corresponda a los sindicatos que la han formado.

Las confederaciones son organismos sindicales de tercer grado formados por dos o más federaciones y que por lo general tienen una representación de carácter nacional.

Sobre la regulación de las federaciones y confederaciones el artículo 38° del TUOLRCT regula lo siguiente:

> "**Artículo 38°.-** Las federaciones y confederaciones se rigen por todo lo dispuesto para los sindicatos, en lo que les sea aplicable".

Consideramos que siendo las federaciones y confederaciones organizaciones sindicales de grado superior, resulta razonable que les sean aplicables las normas establecidas para los sindicatos de base; es decir, obtener su personería gremial siguiendo los trámites correspondientes a los sindicatos de base en lo que le resulten aplicables.

14.5.La cuota sindical para las organizaciones de integración sindical

Sostener su En el caso de las organizaciones de integración la cuota sindical estará conformada por la contribución pecuniaria efectuada por los sindicatos afiliados a ella con la finalidad de sustentar su funcionamiento, así como la consecución de sus objetivos en beneficio de sus integrantes.

14.6.Funciones de las organizaciones sindicales de grado superior

En cuanto a las funciones que poseen las federaciones y confederaciones, podemos decir que estas son similares a las que corresponden a los sindicatos base. Sobre este punto OSPINA (2005), refiriéndose a la legislación colombiana, nos dice lo siguiente:

> "Las funciones de estos organismos sindicales son básicamente las mismas que la de los sindicatos de primer grado, salvo la declaración de huelga, que compete privativamente, cuando la ley la autoriza,

a los sindicatos respectivos o a los grupos de trabajadores directa o indirectamente interesados.

Además, como organismos de segundo y tercer grado se les pueden atribuir las funciones de tribunal de apelación contra cualquier medida disciplinaria adoptada por una de las organizaciones afiliadas; la de dirimir las controversias que se susciten entre los miembros de un sindicato afiliado por razón de las decisiones que se adopten, y la de resolver las diferencias que ocurran entre dos o más de las organizaciones federadas. Así mismo, entre sus actividades está asesorar a las organizaciones afiliadas ante los respectivos patronos en la tramitación de sus conflictos, y también ante las autoridades o ante terceros respecto de cualesquiera reclamaciones" (p. 182).

14.7. Cancelación del registro

Respecto a la cancelación del registro sindical de las organizaciones sindicales de grado superior, el artículo 39° del TUOLRCT establece lo siguiente:

> **Artículo 39°.-** La cancelación del registro, la disolución o la liquidación de una federación o confederación no afecta a la subsistencia de las organizaciones de grado inferior que la conforman.

Es evidente que siendo las federaciones y confederaciones entes diferentes de sus miembros, su extinción por cualquier causal no puede afectar la existencia de sus integrantes, pues, estos gozan de personalidad gremial o jurídica de ser el caso, diferente de la organización de integración sindical que han creado.

Según HARO (2004), comentando los efectos de la cancelación del registro de los organismos sindicales de grado superior, nos dice lo siguiente:

> "[...] los sindicatos que conforman la federación, así como en el caso de las federaciones que conformaron la confederación cuyo registro se canceló, o en el caso que hayan sido disueltas o liquidadas, tienen expedito su derecho a ejercitar su libertad sindical positiva, pudiendo integrarse, en el caso de los sindicatos, a otra federación y en el caso de las federaciones, a otra confederación.

A la inversa, la cancelación del registro, la disolución o liquidación, de un organismo sindical de grado inferior que conforma un organismo de grado superior, como es el caso de los sindicatos que conforman la federación o de las federaciones que conforman la confederación, afecta la subsistencia del organismo que lo conforma, ya que devendría en incumplimiento del requisito el número de integrantes, establecido en Art. 36 de la LRCT" (p. 164).

Bibliografía

- BOZA PRO, Guillermo y otros. (1994). Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada, 1ª. Edición. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.
- Casación N° 4255-2017 LIMA, del 19 de junio de 2017.
- Casación N° 072-2001 LIMA de fecha 29 de marzo de 2001
- Casación N° 242-97 LIMA, del 06 de octubre de 1997
- DE LA CUEVA, Mario. (2000). Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T.II, Décima primera Edición. México: Editorial Porrúa.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. (2003). Comentario Exegético del Decreto Ley N° 25593. En Actualidad Laboral, N° 326.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. (1991). Sindicatos en Libertad Sindical. 2ª. Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ETALA, Carlos Alberto. (2001). Derecho Colectivo del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- HARO CARRANZA, Julio E. (2004). Derecho Colectivo del Trabajo, 1ª. Edición. Lima: Editora Rao S.R.L.
- LA HOZ TIRADO, Ricardo. (1976). Derecho Colectivo del Trabajo Volumen I, 2ª. Edición. Lima: Imprenta Ed. Pérez Pacusich.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. (2008). Derecho del Trabajo, 17ª. Edición. España: Tecnos.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (2001). Derecho del Trabajo, 22ª. Edición. España: Editorial Tecnos.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2018). La Libertad Sindical (2018) Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical.

- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. (1988). Derecho Sindical Español, Segunda Edición. España: Tecnos.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2014). Derecho del Trabajo Colectivo, 8ª. Edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- SUÁREZ SANDOVAL, Miguel A. (1985). Reflexiones sobre Derecho Sindical. Lima: Editora Centro Copias Gagó Hnos.

CAPÍTULO XXII
EL FUERO SINDICAL

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de fuero sindical. 3. Críticas al término fuero sindical. 4. Características del fuero sindical. 5. Antecedentes históricos del fuero sindical en el Perú. 6. El fuero sindical amplio y el fuero sindical restringido. 7. Clasificación del fuero sindical en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 8. Comunicación a la Autoridad Administrativa de Trabajo. 9. Extinción del fuero sindical. 10. La protección del fuero sindical.

1. INTRODUCCIÓN

El fuero sindical es una creación del derecho latinoamericano, surge originalmente como una forma de protección solo de los dirigentes sindicales contra el despido hasta evolucionar llegando a ser una forma de protección de todo trabajador contra actos antisindicales.

Esta garantía sindical encuentra fundamento constitucional en el inciso 1) del artículo 28° de la Constitución Política de 1993, formando parte del contenido del derecho a la libertad sindical.

El fuero sindical constituye una dimensión del derecho a la libertad sindical, en tal sentido el Tribunal Constitucional (2006) ha precisado lo siguiente:

> "[...] la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical. Sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados

> y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y el derecho de huelga.
> 4. En efecto, esta es la protección sindical conocida como fuero sindical, que es una de las dimensiones del derecho de sindicación y de la libertad sindical que se deriva del artículo 28° de la Constitución y que tiene protección preferente a través de amparo [...]" (fundamentos 3 y 4).

Según el Tribunal Constitucional (2009) el fuero sindical constituye un instrumento importante para la vigencia de la libertad sindical, al respecto sostiene:

> "10. Asimismo, tal como fuera señalado en el fundamento 12 de la STC N° 0206-2005-PA, el fuero sindical reviste de especial relevancia dado que sin él no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades, tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga" (fundamento 10).

2. DEFINICIÓN DE FUERO SINDICAL

No resulta fácil el establecer una definición de fuero sindical, pues, el contenido del mismo ha ido evolucionando, tanto en el ámbito subjetivo; es decir, respecto de los sujetos a quienes les resulta aplicable; como en el ámbito objetivo, es decir, en relación al contenido del mismo.

En la doctrina encontramos las definiciones de fuero sindical siguientes:

Según ELÍAS (1995):

> "El llamado "fuero sindical" es un mecanismo de protección que ha establecido la ley a favor de determinadas personas que realizan ciertos actos de actividad sindical. Su principal objetivo es recortar algunas acciones del empleador permitidas normalmente por la ley o por el

ejercicio de la facultad de dirección que pudieran afectar la actividad del dirigente sindical tales como el despido arbitrario o el cambio de centro de trabajo" (p. 99).

SANDOVAL (2000) por su parte explica lo siguiente:

"De ahí el reconocimiento del fuero sindical que viene a ser la garantía de inamovilidad temporal conferida por la ley a favor de algunos trabajadores como protección al ejercicio de la libertad sindical, y en virtud de la cual no pueden ser despedidos, trasladados, desmejorados en su condición de trabajo, sin causa justa, previamente calificada por la autoridad competente" (p. 44).

En nuestro derecho positivo encontramos que el artículo 30° del TUOLRCT define el fuero sindical en los términos siguientes:

"El fuero sindical garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación.

No es exigible el requisito de aceptación del trabajador cuando su traslado no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical".

PASCO (1988) considera la definición siguiente:

"En lo sindical interesa su acepción de "conjunto de privilegios", vale decir, las medidas legales de carácter especial destinadas a proteger a los dirigentes sindicales y a garantizarles libertad de acción en el ejercicio de sus funciones. En concreto, es la protección contra la amenaza de despido, el traslado arbitrario u otras formas de persecución o discriminación a causa de su actividad gremial" (p. 296).

ERMIDA (1995) nos dice que:

"[...] es actualmente definido como el conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical" (p. 9).

Por su parte ECHAÍZ (2002) explica lo siguiente:

"[...] el fuero sindical es aquel conglomerado de providencias destinado a brindar protección a todo trabajador que realice actividad sindical

contra cualquier acto atentatorio de la libertad sindical; esta protección comprende la prevención, el control y la reparación de los actos discriminatorios antisindicales".

3. CRÍTICAS AL TÉRMINO FUERO SINDICAL

La doctrina no es unánime en aceptar la expresión fuero sindical como adecuada para expresar el contenido que se le atribuye, sino por el contrario existen posiciones disidentes contra dicho término.

CABANELLAS (1959) expresa la siguiente:

"[...] es sabido que la etimología latina fórum, foro o tribunal, es aceptada generalmente para la voz fuero, superada por muy pocas en acepciones jurídicas. Ninguna de éstas se refiere al concepto que hemos dado, plegándonos, empero, a utilizar una denominación que no corresponde de manera alguna, pero que el uso ha adaptado.

Se ha confundido la prerrogativa que es la inmunidad que se concede a determinados dirigentes sindicales, con el fuero como jurisdicción o potestad con el carácter de privilegiado, y que en este caso se otorgaría a cierta clase de causas o que se refieren a ciertas personas, cuyo conocimiento se substrae a los tribunales ordinarios. Y esta confusión es tanto más posible cuando se da al fuero sindical alcances insospechados en un concepto de inmunidad en ciertos proyectos, para por ellos conceder una determinada prerrogativa procesal a algunos dirigentes sindicales, que los exima de ser detenidos o presos, salvo casos dispuestos en las leyes, y procesados y juzgados sin la expresa autorización del organismo al que se atribuya la misma" (p. 751).

MARTÍNEZ (1988) considera que más apropiado es el término garantías sindicales y cuestiona la expresión fuero sindical en los términos siguientes:

"Están constituidas por ciertos derechos que se establecen para asegurar el ejercicio de la actividad sindical, ya vinculadas a la existencia y funcionamiento del sindicato mismo, así como al ejercicio de las funciones propias y necesarias de sus dirigentes o de sus representantes. En muchos casos se las designa con el nombre de fuero sindical, pero

esta expresión tiene un origen y tradición que inducen al rechazo. Este fuero, según el diccionario de la Academia de la Lengua Española, en las acepciones más vinculadas al sentido y función que quiere dársele en el derecho del trabajo, es tanto como cada uno de los privilegios que se conceden a una persona, o "competencia a la que legalmente la partes están sometidas y por derecho les corresponde", o "aquel de que gozan ciertas personas de llevar sus causas a tribunales por privilegio del cuerpo de que son miembros" (p. 468).

FLORES (2002) en discrepancia con las posiciones antes citadas sostiene lo siguiente:

"En nuestra opinión no es el efecto querido de quienes usan del fuero sindical, y las críticas son exageradas, porque, en realidad, no se conocen casos en que alguien haya pretendido sustentar que el concepto del fuero sindical ampare una inmunidad de sometimiento jurisdiccional para salirse de la esfera de los tribunales ordinarios. Si bien, efectivamente el concepto está mal empleado, sus límites los define la propia realidad laboral y los explica (justifica) la costumbre de los trabajadores de exigir algo en forma ilimitada o abrumadora para que se les conceda lo que normalmente corresponde" (p. 357).

4. CARACTERÍSTICAS DEL FUERO SINDICAL

La doctrina atribuye al fuero sindical diversas características, por lo que a continuación presentaremos algunas citas al respecto.

Para RUPRECH (1973) el fuero sindical presenta los caracteres siguientes:

"La garantía que otorga el denominado fuero sindical consiste, como vimos precedentemente, en asignar a los dirigentes la posibilidad de cumplir libremente su mandato, y en cuanto a la masa trabajadora, que pueda ejercer sin cortapisas su derecho de agremiación.

Con relación a nuestras leyes, NÁPOLI estima que ostentan los siguientes caracteres, si bien limitados a los dirigentes únicamente:

a) Es una garantía calificada o funcional, dado que se otorga para cumplir la función sindical;
b) Es una garantía relativa, puesto que no puede ser invocada en ciertas situaciones que la ley prevé;
c) Es una garantía condicionada, pues debe cumplirse con los requisitos legales preestablecidos;
d) Es una garantía limitada, que únicamente por convención expresa puede ser extendida más allá de lo que la ley determina.

Como toda garantía o derecho, el instituto ha sido reglamentado, y para su ejercicio –que no puede ser absoluto– deben cumplirse determinados requisitos" (p. 445).

Creemos que la enumeración de características del fuero sindical más acertada es la propuesta por el profesor GÓMEZ (2005), quien señala lo siguiente:

"- Se trata de una garantía dada a ciertos trabajadores que han formado un sindicato para hacer tangible su representación;
- Es una garantía de inmovilidad del status del trabajador que ejerce una actividad sindical;
- Es una garantía para impedir la modificación sustancial del contrato de trabajo con ocasión de ejercer el derecho de sindicación;
- Se trata de una garantía temporal, pues dura en tanto se ejercite el derecho de representación sindical, y finaliza meses después de expirarse el mandato;
- Es una garantía que su vínculo a cierto ámbito: dirigentes de un sindicato, federación o confederación de trabajadores;
- Esta garantía está reservada a los dirigentes del sindicato, y es entregado a los miembros que, según los grados sindicales, ha de corresponderles conforme a ley" (pp. 273-274).

5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FUERO SINDICAL EN EL PERÚ

En el Perú, el fuero sindical surgió como un fuero restringido solo para dirigentes.

La Resolución Suprema N° 23 del 18 de febrero de 1957, estableció la protección contra el despido para los representantes de los trabajadores durante la presentación de un pliego de reclamos, la tramitación del mismo y mientras durasen los efectos inmediatos de la ejecución de la resolución o acuerdo que le ponía término, igualmente protegía a los miembros de las juntas directivas de los sindicatos en proceso de organización y de los sindicatos reconocidos, mientras practicasen actos de representación.

La Resolución N° 27 del 20 de abril de 1957, en su artículo 6° estableció que los personeros de los sindicatos en formación no podían ser despedidos durante un mínimo de tres (03) meses, ni los miembros de la Junta Directiva de los sindicatos establecidos, cuando ejerciten actos de representación, siempre que no hubiesen incurrido en falta grave.

La Resolución Suprema del 10 de octubre de 1957 estableció que gozaban de amparo sindical en los sindicatos bases, el secretario general, secretario de defensa, secretario de organización, secretario de economía, secretario de disciplina y secretario de prensa y propaganda, mientras que en los sindicatos de grado superior gozaban de este amparo los miembros de sus juntas directivas.

La Resolución Suprema del 17 de octubre de 1957 precisó que la Resolución Suprema del 07 de octubre del mismo año no afectaba el derecho de asociación de los trabajadores; asimismo, dejó sin efecto la Resolución Suprema N° 004 del 09 de octubre del mismo año, sobre organización sindical.

6. EL FUERO SINDICAL AMPLIO Y EL FUERO SINDICAL RESTRINGIDO

En la doctrina laboralista se discute sobre si el fuero sindical debe ser considerado con un criterio amplio o con un criterio restringido.

Nos encontraremos ante un caso de fuero sindical restringido cuando la protección objetiva esté limitada contra el despido y cambio de colocación; mientras que la protección subjetiva se restringe solo a los dirigentes sindicales.

El TUOLRCT recoge el modelo de fuero sindical restringido.

Por otra parte, nos encontraremos ante un supuesto de fuero sindical amplio cuando la protección objetiva se encuentre dirigida a cualquier acto antisindical del empleador, incluso del Estado o de terceros, y la protección subjetiva abarque a todo trabajador que realice actividad sindical, sea o no dirigente.

VILLAVICENCIO (2010) comentando la concepción de fuero sindical recogida por el TUOLRCT nos dice lo siguiente:

> "Como se puede ver con claridad, la regulación reseñada consagra un fuero sindical doblemente restringido, puesto que en lo subjetivo está referido solo a los dirigentes sindicales, y ni siquiera a todos ellos sino a un número reducido, y en lo objetivo solo se protege respecto de dos actos antisindicales: los despidos y los traslados sin causa justa debidamente comprobada o sin su aceptación; siendo por ello claro que el agente infractor previsto por el legislador es sólo el empleador. Bien es cierto que tanto los sujetos protegidos son los más expuestos y que las conductas proscritas son las más graves, pero también hay que concordar en que la acotación del ámbito de la protección exclusivamente a estos y estas muestra la enorme insuficiencia de la regulación legal; mas aun cuando se sabe que las dos conductas se dan mayoritariamente por el lado de los aumentos discriminatorios a los no sindicados y desafiliados, la no promoción de los activistas sindicales, las sanciones disciplinarias abusivas, etc." (pp. 179-180).

CARRILLO (1990) por su parte formula el comentario siguiente:

> "En igual sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT se ha pronunciado en más de medio centenar de casos sosteniendo que la protección debe alcanzar a todos los trabajadores y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de dirigentes sindicales, como se desprende, además, de la interpretación literal del Artículo 1° del convenio de la OIT N° 98 se ha dicho con razón si sólo se protegiera a los demás representantes de los trabajadores y se permitiera actos discriminatorios contra los afiliados y otros trabajadores que desempeñan acciones gremiales, el sistema de protección de la libertad sindical sería insuficiente y parcial, dado que

para que se pueda practicar libre y efectivamente la actividad sindical, no sólo es necesario proteger a quienes dirigen y adoptan decisiones, sino que también es necesario cubrir a quienes las ejecutan (Ermida)" (pp. 176-177).

En nuestro país, originalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema (2001) se adhirió a la tesis del fuero sindical restringido, tal como expresó al sostener que:

"[...] la nulidad de despido por tener la calidad de representante sindical únicamente es aplicable en aquellos casos en que éstos gozan de la protección del fuero sindical, situación de la cual no goza el demandante por ser un afiliado al Sindicato con la calidad de asesor interno, por tanto no reúne las características de un representante y menos le puede alcanzar tal protección".

Actualmente, el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015) ha cambiado, así tenemos que a través de una ejecutoria que constituye doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para los jueces, se ha adherido a la tesis del fuero sindical amplio, expresando lo siguiente:

"Teniendo en cuenta las discrepancias existentes en la Doctrina y que el Derecho del Trabajo persigue la protección de los derechos de los trabajadores, más aún, considerando que la libertad sindical constituye uno de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo aprobado por la OIT en su Declaración de junio de mil novecientos noventa y ocho; esta Suprema Sala adopta como criterio de interpretación de los alcances del fuero sindical la concepción de fuero sindical amplio, por lo que los jueces deberán considerar esta institución como el conjunto de medidas destinadas a proteger no solo a los dirigentes sindicales previstos por la ley durante su gestión, sino también aquellos que hayan sido cesados en el cargo, si el despido se ha originado por su actividad sindical pasada, así como también a proteger a todo trabajador contra el despido y cualquier acto de hostilidad motivado por su participación en la actividad sindical".

Consideramos un gran acierto el fallo del máximo órgano de la justicia peruana, pues, el fuero sindical debe proteger tanto a los dirigentes sindicales como a todo trabajador no solo contra el despido, sino también contra cualquier acto antisindical motivado en su participación en actividades sindicales presentes o pasadas, provenga del empleador o de terceros.

7. CLASIFICACIÓN DEL FUERO SINDICAL EN EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Tanto la Doctrina como el Derecho Comparado admiten diversas clasificaciones del fuero sindical; sin embargo, para efectos de este trabajo asumiremos la consignada por nuestro derecho positivo en el artículo 31° del TUOLRCT.

7.1. Fuero de los fundadores y adherentes (inciso a) del artículo 31°)

Es la protección que la ley otorga a todos aquellos trabajadores que hayan participado en la constitución de un sindicato desde su fundación hasta transcurrido un determinado tiempo previsto en la ley.

El inciso a) del artículo 31° del TUOLRCT, prevé que esta clase de amparo de fuero sindical alcanza a «Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después».

ELÍAS (1995) comenta la norma antes mencionada en los términos siguientes:

> "Se hace mención a los "miembros", y no a los "miembros de la junta directiva". Ello lleva a pensar que todo aquél trabajador que interviene en el proceso de formación está protegido por el amparo sindical a fin de evitar cualquier acción encaminada al entorpecimiento, como por ejemplo retirando la adhesión" (p. 105).

Por nuestra parte, consideramos que la redacción de la norma nacional es defectuosa, pues, limita la protección solo a los trabajadores que participan en la formación de un sindicato "[...] desde la presentación de la solicitud de registro [...]" dejando desamparados a todos aquellos que participan en los actos preparatorios previos a la solicitud de registro, tal sería el caso de quienes proponen la formación del sindicato, los que integran el comité organizador del mismo, los

que realizan labor de difusión entre los demás trabajadores para lograr el número mínimo de miembros que permita fundar el sindicato, y en general, todos aquellos que se encargan de realizar los actos necesarios para que se pueda llevar a cabo la fundación del sindicato con anterioridad a la solicitud de registro.

En cuanto al fuero de los adherentes, este otorga protección a todos los trabajadores que se afilien a un sindicato hasta transcurrido un determinado tiempo después de la afiliación sindical.

El inciso b) del artículo 2° del Convenio N° 98 de la OIT, considera que la protección contra actos de discriminación antisindical deberá ejercerse contra todo acto que tenga por objeto: "Despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical [...]".

Por su parte el inciso a) del artículo 5° del Convenio N° 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (no ratificado por el Perú), considera entre los motivos por los cuales no debe ser despedido un trabajador: "la afiliación a un sindicato [...]".

7.2. Fuero de los directivos (primera parte del inciso b del artículo 31°)

Conocido también como fuero ordinario, es el que se concede a los dirigentes sindicales durante el tiempo que dure su mandato.

La Recomendación N° 143 de la OIT, sobre los representantes de los trabajadores, 1971 en su numeral 5 establece que:

> "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, [...]".

El TUOLRCT señala que el fuero sindical ampara a "Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como delegados de las secciones sindicales. En el marco de la negociación colectiva se podrá ampliar el ámbito de protección sindical. El estatuto señalará los cargos qué comprende la protección" (inciso b del artículo 31°).

El artículo 12 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR ha precisado que el fuero sindical a que se refiere el artículo 31 del

TUOLRCT " también comprende a los delegados de las secciones sindicales y los dirigentes de los sindicatos ,federaciones y confederaciones o los representantes designados por estos, acreditados para participar en espacios de diálogo socio laboral, de naturaleza bipartita o tripartita, en calidad de comisiones oficiales encargadas de estudiar problemas de interés general o nacional, con los límites señalados en dicho artículo".

El Tribunal Constitucional (2007) considera que la dimensión colectiva individual y plural de la libertad sindical comprende también:

> "[...] una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado" (fundamento 13).

En cuanto al número de dirigentes amparados por el fuero sindical este debe ser producto del libre acuerdo de las partes mediante el pacto colectivo; sin embargo, a falta de tal acuerdo será el señalado en la ley.

Actualmente, el artículo 31° del TUOLRCT, en sus párrafos segundo y tercero establece que:

> «Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. A falta de acuerdo los dirigentes amparados en sindicatos de primer grado, no excederán de tres (3) dirigentes si el sindicato tiene hasta cincuenta (50) afiliados, agregándose un (1) dirigente para cada cincuenta (50) afiliados adicionales, hasta un máximo de doce (12) dirigentes.

En las federaciones de dos (2) dirigentes multiplicados por el número de sindicatos afiliados, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de quince (15), ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. En la Confederación hasta dos (2) dirigentes multiplicados por el número de federaciones afiliadas, no pudiendo

sobrepasar en cualquier caso de veinte (20), ni comprender más de un dirigente por empresa.

Mediante convención colectiva se podrá fijar un número mayor de dirigentes amparados por el fuero sindical».

Como podrá apreciarse, en principio el TUOLRCT deja al acuerdo de las partes la determinación de cuántos dirigentes sindicales pueden ser amparados por el fuero sindical; solo a falta de dicho acuerdo se deberá tener en cuenta el número de dirigentes previsto por los párrafos segundo y tercero de su artículo 31°, consignando expresamente la prohibición siguiente: «No podrá establecerse ni modificarse el número de dirigentes amparados por el fuero sindical por acto o por norma administrativa». Con lo que queda claro que el convenio colectivo, la ley y el laudo arbitral a falta de acuerdo de las partes, son las únicas fuentes de origen del fuero sindical.

7.3. Fuero de los reclamantes (incisos c y e del artículo 31°)

Es la protección que se otorga a los miembros de la comisión encargada de negociar el pliego de reclamos durante un procedimiento de negociación colectiva.

El TUOLRCT extiende la protección del fuero sindical a: «Los delegados a que se refiere el artículo 15° y los delegados a que se refiere el artículo 47° de la presente norma» (inciso c) del artículo 31°).

El artículo 15° se refiere a los delegados sindicales que representan a los trabajadores ante el empleador en las empresas donde no exista el número mínimo de aquellos para constituir un sindicato; mientras que el artículo 47° está referido a la comisión negociadora de la convención colectiva constituida por no menos de tres (03) ni más de doce (12) miembros plenos, cuyo número podrá regularse en atención al ámbito de aplicación de la convención y en proporción al número de trabajadores comprendidos.

En los casos de negociaciones colectivas en empresas que no tienen un sindicato constituido, el fuero de los reclamantes alcanza a los dos (02) delegados sindicales a que se refiere el artículo 15° del TUOLRCT.

El TUOLRCT extiende el amparo de este fuero a los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, no necesariamente de remuneraciones o condiciones de trabajo, cuando preceptúa que el fuero sindical

también alcanza a «Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (03) meses después de concluido el procedimiento respectivo» (inciso e del artículo31°).

Somos de la opinión que el fuero de los reclamantes se extiende a aquellos dirigentes que participan de las negociaciones de un cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, conforme a lo previsto en el artículo 48° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR del 21 de marzo de 1997 (en adelante TUOLPCL); salvo que el cese del dirigente resulte ser imposible de evitar, y siempre que se justifique tal decisión conforme al artículo 62° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 26 de enero de 1996.

Nuestra opinión encuentra respaldo en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2006) sobre la inclusión en un cese colectivo del secretario general de un sindicato, en el cual expresa que:

> "Para este colegiado es manifiesta la vulneración de la libertad sindical y del fuero sindical de don Julio Falla Juárez, toda vez que la inclusión del Secretario General del Sindicato en la relación de trabajadores comprendidos en el cese colectivo afectaba seriamente la capacidad de negociación de los dirigentes del Sindicato e impedía una adecuada representación y defensa de los intereses de los trabajadores afectados con el cese colectivo, ya que lesionaba la equiparidad mínima necesaria para entablar las negociaciones entre la empresa y el sindicato. Por lo tanto, se constata, como ya se dijo, la vulneración a la libertad sindical y al fuero sindical de Julio Falla Suárez, quien hasta la fecha mantiene la condición de Secretario General del Sindicato" (fundamento 6).

Respecto al despido de trabajadores que participen en la negociación del pliego de reclamos, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (2006) considera lo siguiente:

> "1126. En ningún caso un dirigente sindical debería poder ser despedido por el simple hecho de presentar un pliego de peticiones; ello constituye un acto de discriminación sumamente grave" (p.215).

Creemos que el TUOLRCT presenta una deficiencia en cuanto esta clase de fuero, pues, no ha considerado la protección por fuero sindical en los casos de huelga.

7.4. Fuero de los candidatos (inciso d del artículo 31°)

Es la protección que se otorga a aquellos trabajadores que aún no tienen la condición de dirigentes por estar postulando a un cargo directivo en el sindicato o que intentaron tener tal calidad sin alcanzarla, por no haber sido elegidos en las elecciones sindicales.

El inciso a) del artículo 5° del Convenio N° 158 de la OIT, considera entre los motivos que no darán lugar a la terminación de la relación de trabajo «(...) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado con esa calidad».

El TUOLRCT ha previsto que gocen de fuero sindical «Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta (30) días calendario antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta (30) días calendario después de concluido éste» (inciso d del artículo 31°).

La norma citada resulta concordante con el inciso b) del artículo 29° del TUOLPCL, el cual establece que es nulo el despido que tenga por motivo "ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad".

Por su parte el artículo 46° del Decreto Supremo N° 001-96-TR del 26 de enero de 1996, al respecto ha regulado lo siguiente:

"La nulidad del despido procede:

a) Tratándose de candidatos a representantes de los trabajadores debidamente inscritos dentro de los treinta (30) días anteriores a la realización del proceso electoral, hasta treinta (30) días después de concluido éste;
b) Tratándose de representantes de los trabajadores, hasta noventa (90) días después de haber cesado en el cargo.

En ambos casos la protección alcanza sólo a quienes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan de fuero sindical, conforme a ley".

La Corte Suprema de Justicia de la República (2001) respecto al despido de dirigentes y candidatos a cargos sindicales ha sostenido lo siguiente:

> "El despido del actor produce en circunstancias que éste se encontraba como candidato a la Junta Directiva de un sindicato, en acto irrestricto de libertad sindical. (...) Que, en este sentido, es de aplicación el artículo veintinueve de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, concordante con el artículo treinta y ocho del mismo texto legal, estando frente a un despido nulo. Siendo la norma clara y precisa en la institución del despido nulo y la protección al fuero sindical".

7.5. Fuero convencional

Es la protección que se otorga a través de pacto colectivo a trabajadores distintos a los que la ley expresamente señala como beneficiarios del fuero sindical.

El TUOLRCT señala que: «Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. (...)» (primera parte del segundo párrafo del artículo 31°).

El segundo párrafo del artículo 12 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, ha reconocido también que las partes mediante convenio colectivo ,pueden establecer pactos para ampliar la protección del fuero sindical

La existencia de esta clase de fuero es consecuencia del pleno ejercicio de la libertad sindical, la que permite que por acuerdo de partes se incremente el número de dirigentes que gozarán del fuero sindical, pudiendo incluso extenderse el fuero sindical a trabajadores que no tengan la condición de dirigentes.

8. COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

La organización sindical está obligada a poner en conocimiento del empleador y de la Autoridad Administrativa de Trabajo los nombres y cargos de los dirigentes que gozan de fuero sindical (artículo 18° del Decreto Supremo N° 011-92-TR).

Debe tenerse presente que al igual como sucede con el registro del sindicato, el comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo el nombre y los cargos de los dirigentes sindicales no es un acto constitutivo del derecho al fuero sindical.

9. EXTINCIÓN DEL FUERO SINDICAL

El TUOLRCT no contempla expresamente las formas de extinción del fuero sindical; sin embargo, de una interpretación integral del ordenamiento jurídico nacional podemos obtener las causas de extinción del fuero sindical, las que describiremos a continuación.

9.1. La disolución y liquidación del centro de trabajo, y la quiebra

Una empresa puede disolverse y liquidarse de acuerdo a su naturaleza jurídica por cualquiera de las causales que prevé la ley que le sea aplicable, o ser declarada en quiebra con el consiguiente cese de actividades.

En estos supuestos no solo el centro de trabajo desaparece de la vida jurídica para todos sus efectos, sino también que los contratos de trabajo vigentes, incluidos los de trabajadores amparados por el fuero sindical, también se extinguen, y con ellos la protección que gozaban.

El inciso c) del artículo 46° del TUOLPCL establece que constituye una causa objetiva de extinción de la relación de trabajo «La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra».

Por lo general, la disolución y liquidación de una empresa, cualesquiera sea el motivo incluida la quiebra, no es un procedimiento automático sino que atraviesa por determinadas etapas que, en algunas oportunidades obligan a que el personal vaya siendo despedido poco a poco; en estos casos somos de la opinión que el cese de los trabajadores que gozan de fuero sindical debe ser el más remoto, salvo que por motivos inherentes al proceso de liquidación ello no fuera posible, por lo tanto, creemos que resultará antisindical el cese de un trabajador protegido si con posterioridad a su despido, continuaran laborando otros trabajadores, aunque fuera en actividades residuales.

9.2. El cese por caso fortuito y la fuerza mayor, así como los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos

Los incisos a) y b) del artículo 46° del TUOLPCL, señalan como causas objetivas de la extinción de la relación de trabajo «el caso fortuito y la fuerza mayor» así como «los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos».

En el caso de ceses colectivos, los dirigentes afectados gozan de la garantía de permanencia.

Esta garantía establece la preferencia que deben gozar los dirigentes sindicales respecto de los demás trabajadores de la empresa, en el caso que se produzca una terminación colectiva de los contratos de trabajo que tenga como causa el caso fortuito o la fuerza mayor, así como motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

La finalidad que persigue la garantía de permanencia según MERCADER es la siguiente:

> "[...] La finalidad de esta garantía busca impedir que las decisiones empresariales, aun estando plenamente justificadas, puedan redundar en una perturbación innecesaria y evitable de la función representativa al separar al representante de los representados. La misma opera en los supuestos de suspensión o extinción del contrato por regulación del empleo, en los despidos objetivos por amortización de puesto de trabajo y en los supuestos de movilidad geográfica. Lo anterior no significa que no puedan ser trasladados, sino que ante la opción de trasladar a un trabajador representante y a uno que no lo es, el empresario deberá aplicar la preferencia de permanencia al primero sobre el segundo. Se considera que la prioridad de permanencia prevalece sobre las preferencias pactadas en convenio colectivo. En caso de concurrencia de varios representantes, la aplicación de la regla de prioridad toma como criterios de solución el orden de presentación en la lista electoral y el ámbito de afectación de la representación electa" (pp. 705-706).

En el Perú, el literal b) del artículo 63° del Decreto Supremo N° 001-96-TR regula la garantía de permanencia de los dirigentes que gozan de fuero sindical en los casos de cese colectivo por causas objetivas en los términos siguientes:

"Artículo 63.- Para efectos de la aplicación de los incisos a) y b) del Artículo 80 de la Ley, el empleador al dar cuenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo, para la iniciación del expediente, adjuntará la siguiente información:
b) La justificación específica, en caso de incluirse en el cese a trabajadores protegidos por el fuero sindical [...]".

Consideramos que la regulación legislativa peruana posee dos defectos que debilitan la protección de los representantes de los trabajadores, estas deficiencias son:

- Se limita a los trabajadores que gocen de "fuero sindical" dejando desprotegidos a los dirigentes y demás representantes que no tengan este beneficio, en cuyo caso el empleador podría incluirlos en un cese colectivo sin mayor inconveniente y deshacerse de ellos, lesionando así el derecho de libertad sindical.
- No se considera el agotar la posibilidad que el trabajador protegido por la garantía de permanencia ante un cese colectivo por causas objetivas pueda continuar laborando para la empresa en otro puesto de trabajo para el cual cumple los requisitos, pues, de esta manera podría continuar ejerciendo su actividad sindical.

La Autoridad Administrativa de Trabajo al dar su conformidad para el cese de un trabajador protegido por fuero sindical, extingue la protección que gozaba dicho trabajador.

9.3. El despido por causa justa

La protección que el fuero sindical otorga a ciertos trabajadores no constituye una garantía de inmunidad frente al despido, por lo que resulta perfectamente posible que un trabajador amparado por fuero sindical pueda ser despedido si se presenta una causa justa para ello, y siempre que la misma sea debidamente demostrada.

En consecuencia, debe quedar claro que, de surgir una de las causas justas de despido del trabajador previstas en los artículos 23° y 24° del TUOLPCL,

sea relacionada con su capacidad o con su conducta, la extinción del contrato de trabajo es procedente, aun cuando el trabajador goce de fuero sindical.

La Corte Suprema de Justicia de la República (2000) al resolver sobre el despido por falta grave de un dirigente que gozaba de fuero sindical ha sostenido lo siguiente:

> "[...] según fluye del propio artículo treinta del Decreto Ley veinticinco mil quinientos noventitres, la protección del fuero sindical, en la legislación laboral, no comprende aquellos actos considerados como falta grave, [...] razón por la cual la decisión de la empleadora de despedir al demandante por este hecho no ha afectado el derecho al fuero sindical".

En la práctica el despido de dirigentes sindicales se produce mayoritariamente atribuyéndole la comisión de una falta grave.

Sobre esta causal de despido de dirigentes sindicales, ELIAS (1995) comenta lo siguiente:

> "El dirigente sindical puede ser despedido por comisión de falta grave, pues, el fuero sindical no constituye una protección especial y privilegiada frente a la misma. Cuando el despido se ejecuta por falta grave, el empleador siguiendo las reglas establecidas de la carga de la prueba está obligado a probar los fundamentos del despido. En la práctica esta prueba resulta muy importante pues, algunos jueces consideran que por el solo hecho que un trabajador ocupe un cargo sindical, se debe considerar que su despido puede haberse originado en esta circunstancia" (p. 100).

Respecto del despido por causa justa de trabajadores protegidos por el fuero sindical el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (2006) considera lo siguiente:

> "1119. El principio según el cual un trabajador o un dirigente sindical no debe sufrir perjuicio por sus actividades sindicales, no implica necesariamente que el hecho de tener un mandato sindical confiera a

su titular una inmunidad contra un eventual despido cualquiera sea la causa" (p. 224).

Es de resaltar que el ejercicio del derecho de libertad sindical por los dirigentes de ninguna manera justifica la falta de respeto a su empleador, así lo ha sostenido la Corte Suprema (2016) al señalar lo siguiente:

> "**Décimo Octavo**.- Este Supremo Tribunal considera que una conducta deberá considerarse como faltamiento causal de despido toda aquella expresión insultante, difamatoria o calumniosa por parte del trabajador que puede materializarse en forma verbal o escrita; así como las expresiones, sonidos, gestos, entre otros, que produzcan la falta de consideración y respeto al empleador, a sus representantes, al personal jerárquico, y a otros trabajadores.
> En conclusión, queda claramente establecido que el ejercicio de la libertad de expresión por los dirigentes sindicales de ninguna manera puede efectivizarse afectando el honor o reputación de su empleador u otros trabajadores".

Tratándose de despido la materialización del mismo extingue el fuero sindical.

10. LA PROTECCIÓN DEL FUERO SINDICAL

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (2018) respecto a la protección procesal de los dirigentes sindicales ha señalado lo siguiente:

> "1140. Las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos" (p. 218).

El artículo 55° de la NLPT contempla en su inciso a) la medida excepcional de reposición provisional para proteger a los trabajadores que gozan de fuero de los directivos al establecer lo siguiente: "Haber sido al momento del despido dirigente sindical, (...)» y en su inciso b) extiende esta protección a quienes

gozan de fuero de los fundadores por "estar gestionando la conformación de una organización sindical".

En ambos casos mediante una medida cautelar se podrá obtener la readmisión en el empleo de los trabajadores comprendidos en los fueros antes mencionados.

Opinamos que los dirigentes sindicales no considerados en el fuero de los directivos ni en el fuero de los fundadores, también pueden logar su reposición provisional por la vía del proceso cautelar solicitando una medida cautelar innovativa de suspensión del despido al amparo del artículo 682° del Código Procesal Civil.

Bibliografía

- CABANELLAS, Guillermo. (1959). Derecho Sindical y Corporativo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba.
- CARRILLO CALLE, Martín. (1990). Fuero Sindical. Derecho Colectivo del Trabajo Materiales de Enseñanza, 2ª. Edición.
- Casación N° 10984-2014 LIMA NORTE del 06 de enero de 2016.
- Casación N° 5481-2015 LIMA NORTE del 04 de noviembre de 2015.
- Casación N° 953-2001 UCAYALI, del 24 de setiembre de 2001.
- Casación N° 450-2001 LIMA del 03 de julio de 2001.
- Casación N° 297-99 DEL SANTA del 30 de mayo de 2000.
- ECHAÍZ MORENO, Daniel. (2002). El fuero sindical. 28/01/2002, de Legalinfo-Panamá. Sitio web: www.legalinfo-Panama.com
- ELIAS MANTERO, Fernando. (1995). Derecho Laboral. Relaciones Colectivas de Trabajo. Lima: Editorial JUS Editores.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. (1995). La Protección contra los Actos Antisindicales. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- FLORES POLO, Pedro. (2002). Diccionario Jurídico Fundamental, 2ª. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2005). Derecho del Trabajo. Lima: Editorial San Marcos.

- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. (1988). Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- MERCADER UGUINA, JESÚS R. (2015). Lecciones de Derecho del Trabajo, 8ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2018). La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 6ª. Edición (revisada). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- PASCO COSMÓPÓLIS, Mario. 1988. Los sindicatos en el Perú. En Los Sindicatos en Iberoamérica. Lima: Editorial Aele.
- RUPRECH, Alfredo. (1973). Garantías de pleno y libre ejercicio de la libertad sindical. Derecho colectivo laboral, 1.
- SANDOVAL RODRIGUEZ, Isaac. (2000). Convenio o Contrato Colectivo de Trabajo. Santa Cruz: Editora Sirena.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 02318-2007-AA del 28 de enero de 2009.
- Tribunal Constitucional (2007). Expediente N° 0206-2005-AA, del 15 de noviembre de 2007
- Tribunal Constitucional (2006). Expediente N° 5474-2006-AA del 25 de setiembre de 2006.
- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. (2010). La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación. Primera Edición. Lima: Edit. Plades.

CAPÍTULO XXIII
LA LICENCIA SINDICAL

Sumario: 1. Introducción. 2. Precisiones sobre el término licencia sindical. 3. Definición de licencia sindical. 4. Clases de licencia sindical 5. Forma de ejercicio de la licencia sindical. 7. Licencia de dirigentes integrantes de la comisión negociadora del pliego de reclamos. 8. Comunicación al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo. 9. Forma de cómputo del permiso sindical. 10. Prohibición de licencia sindical por acto o norma administrativa. 11. Licencia prevista en el Decreto Ley N° 14481. 12. Sanciones por incumplimiento de concesión de licencia sindical.

1. INTRODUCCIÓN

Según el inciso 1) del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical; esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino que también se expresa en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que los mismos puedan ejercer eficazmente su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades tenemos la licencia o permiso sindical, y la cuota sindical.

El Decreto Supremo N.° 003-2017-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 06 de marzo de 2017, incorporó el artículo 16.°-A al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 011-92-TR; mientras que el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de julio de 2022, modificó los artículos 16.° y 16.°-A del referido Reglamento, estableciendo nuevas disposiciones en cuanto a

la regulación de los actos de concurrencia obligatoria y la cuota sindical, los que han pasado a tener una nueva redacción.

2. PRECISIONES SOBRE EL TÉRMINO LICENCIA SINDICAL

El tema de la licencia sindical como bien nos dice el profesor ELÍAS (1995) es un tema polémico, el cual enfrenta por un lado los intereses patronales de lograr que el dirigente sindical labore el total de la jornada por la cual es remunerado, mientras que del otro los intereses de los dirigentes que buscan liberarse de trabajar, manteniendo el íntegro de sus remuneraciones y demás beneficios (p. 109).

Tanto en el Derecho Comparado como en la doctrina, la palabra «licencia sindical» encuentra también como sinónimos a las expresiones «permiso sindical», «crédito de horas retribuidas», «tiempo libre sindical», «permiso gremial», «licencia gremial», entre otras.

Nuestro derecho positivo considera como sinónimos los conceptos de licencia y permiso sindical (artículo 15° del Reglamento).

3. DEFINICIÓN DE LICENCIA SINDICAL

Nosotros definiremos la licencia o permiso sindical como el tiempo libre remunerado que se concede a los dirigentes sindicales para ausentarse de su puesto de labores dentro de la jornada de trabajo a efectos de desempeñar actos de representación propios del cargo dirigencial que ostentan dentro del organismo sindical.

La Recomendación N° 143 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) considera el permiso sindical como una de las facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores para desempeñar eficazmente sus tareas de representación, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales (párrafo 10, apartado 1).

Respecto a la licencia sindical, MARTÍN (2002) nos dice lo siguiente:

> "Su naturaleza de «crédito» significa que el representante puede utilizar esas horas hasta el límite que corresponda en la medida que lo necesite para el ejercicio de su función, sin que necesariamente agote cada mes el máximo establecido. (...) el representante está facultado para

utilizar ese tiempo en funciones propias de su cargo «previo aviso y justificación» al empresario" (p. 315).

La licencia sindical no es una potestad del empleador sino un derecho de la organización sindical que debe ser respetado por su principal, al respecto la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2014) ha dicho lo siguiente:

> "[...] en el tema de las licencias sindicales no nos encontramos ante una facultad del empleador, quien en ejercicio de su poder de dirección podría autorizarlas o denegarlas sino que por mandato imperativo de la ley se encuentra obligado a otorgarlas siempre que estén referidos a asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales".

4. CLASES DE LICENCIA SINDICAL

La Corte Suprema de Justicia de la República (2017) ha interpretado el artículo 32° del TUOLRCT en los términos siguientes:

> "La licencia o permiso sindical puede tener origen convencional o legal, entendiéndose lo siguiente:
>
> a) La licencia sindical convencional tiene como su fuente el acuerdo entre la organización representativa de los trabajadores y el empleador, debiendo plasmarse sus alcances en un convenio colectivo.
> b) La licencia sindical legal, es aquella que se otorga ante la falta de un convenio colectivo que regule los permisos sindicales, solo se otorga a los dirigentes para actos de asistencia obligatoria con un límite de treinta días calendario por cada año y por dirigente, el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios" (Décimo considerando).

4.1. La licencia sindical convencional

El TUOLRCT reserva a la convención colectiva el establecer las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a

reuniones, comunicaciones, permisos y licencias (primer párrafo del artículo 32° del TUOLRCT).

Por lo tanto, se puede afirmar que la primera fuente del permiso o licencia sindical es la convención colectiva, debiendo para su ejercicio aplicarse lo que en ella se pacte y solo a falta de la misma se debe recurrir a lo previsto en la ley.

4.2. Licencia sindical legal

El TUOLRCT legisla que, ante la falta de convención colectiva que regule la licencia sindical, esta facilidad se otorgue para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señale, con un límite de treinta (30) días naturales por año calendario por dirigente, el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no se aplicará cuando exista costumbre o convenio colectivo más favorable (segundo párrafo, del artículo 32.°, del TUOLRCT).

El texto del primer párrafo del artículo 16.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, introduce un concepto más amplio sobre los actos de concurrencia obligatoria de representación sindical, estableciendo que debe entenderse como tales de modo enunciativo y no limitativo, en orden de prelación: los convocados oficialmente por la autoridad judicial, policial o administrativa en ejercicio de sus funciones; los acordados por las partes en la convención colectiva, los que establezca el estatuto de la organización sindical, o los que determine la Junta Directiva en comunicación al empleador dentro del primer mes de asumida sus funciones.

El segundo párrafo del artículo 16.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR,ha previsto que conforme al artículo 32 del TUOLRCT , a falta de acuerdo, convenio o costumbre más favorable ,la asistencia a los actos de concurrencia obligatoria es garantizada con una licencia con goce de remuneraciones hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario por dirigente.

5. FORMA DE EJERCICIO DE LA LICENCIA SINDICAL

En el caso que no exista acuerdo entre las partes, el ejercicio de la licencia sindical para actos de concurrencia obligatoria se deberá comunicar el uso de la misma al empleador con una antelación no menor a veinticuatro (24) horas, salvo

que por causas imprevisibles o de fuerza mayor no sea posible cumplir con tal anticipación (tercer párrafo, del artículo 16.°, del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 003-2019-TR).

8. DIRIGENTES CON DERECHO A SOLICITAR LICENCIA SINDICAL

Según la modificatoria introducida al artículo 16.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR por el Decreto Supremo N.° 003-2019-TR, los dirigentes con derecho a solicitar permiso del empleador para asistir a actos de concurrencia obligatoria serán los siguientes:

"1. Para el caso de las organizaciones sindicales de primer grado:

a) Secretario general;
b) Secretario Adjunto, o quien haga sus veces;
c) Secretario de Defensa; y,
d) Secretario de Organización.

Cuando la organización sindical afilie entre veinte (20) o cincuenta (50) trabajadores, el permiso sindical se limitará al secretario general y el secretario de defensa.

2. En el caso de las federaciones de ámbito regional y nacional, se concederán licencias a seis (06) dirigentes, otorgándose licencia para un (01) dirigente adicional por cada tres (03) sindicatos afiliados adicionales a los necesarios para la constitución de una federación, con un máximo de doce (12) dirigentes.

3. Para el caso de las confederaciones, se concederán licencias a doce (12) dirigentes, otorgándose licencia sindical para un (01) dirigente adicional por cada tres (03) federaciones en adición a las necesarias para la conformación de una confederación o cada tres (03) sindicatos nacionales afiliados o una combinación de estos, con un máximo de quince (15) dirigentes.

4. Las licencias sindicales se consideran en función del cargo ocupado y no de la persona.

5. La nómina de dirigentes con derecho a licencia sindical deberá ser comunicada al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

6. La acreditación de los sindicatos y federaciones afiliadas a organizaciones de grado superior será emitida por la Sub Dirección de Registros Generales o quien haga sus veces.
7. La organización sindical podrá distribuir las licencias de acuerdo a sus fines y prioridades institucionales, pudiendo, incluso, acumularlas en uno o más dirigentes.
8. En ningún caso esta regulación contravendrá las condiciones o beneficios más favorables obtenidos por convenio colectivo o costumbre".

En el caso que la duración de las licencias supere el límite temporal máximo, la SUNAFIL (2015) ha establecido lo siguiente:

"[...] el límite temporal máximo de la licencia sindical de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente, no implica que en caso el organismo sindical solicite licencia sindical superando el tope legal, a falta de convenio más favorable, el empleador pueda denegar el otorgamiento de la licencia sindical. En este caso cuando se solicite licencia sindical por un plazo que supere el tope legal, el empleador igualmente debe otorgar la misma pero sin el goce de haberes".

7. LICENCIA DE DIRIGENTES INTEGRANTES DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA DEL PLIEGO DE RECLAMOS

El artículo 17° del Reglamento establece lo siguiente:

"**Artículo 17.-** No será computable dentro del límite de los treinta (30) días a que hace referencia el Artículo 32. de la Ley, la asistencia de los dirigentes sindicales que sean miembros de la Comisión Negociadora, a las reuniones que se produzcan durante todo el trámite de la Negociación Colectiva o ante citaciones judiciales, policiales y administrativas por acciones promovidas por el empleador".

Al respecto, la SUNAFIL (2015) al resolver un caso en que se discutía el tema de la licencia sindical ha establecido lo siguiente:

"8. En el presente caso, previamente debemos precisar que la licencia sindical corresponde a los dirigentes en atención a su condición de representantes de todos los trabajadores afiliados al organismo sindical, de conformidad con lo señalado en el precitado artículo 16°. También tienen derecho a la licencia sindical los integrantes de la Comisión Negociadora para el trámite de la misma y por acciones promovidas por el empleador relacionadas a las mismas, de acuerdo al artículo 17° antes mencionado.

9. El artículo 17° es claro al precisar que si un dirigente sindical es, a su vez, miembro de la Comisión Negociadora la licencia solicitada para el trámite de la Negociación Colectiva no puede ser computada dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles que le corresponde en su condición de dirigente sindical, distinta a la licencia sindical que le corresponde en calidad de miembro de la Comisión Negociadora, la misma que no tiene un plazo máximo puesto que el otorgamiento de la misma se encuentra supeditado al tiempo que demande el trámite de la Negociación, incluyendo sus etapas de Trato Directo, Conciliación Administrativa, Arbitraje o Huelga, incluyendo los trámites derivados de la tramitación de la misma, como puede ser la oposición a la presentación del Pliego de Reclamos, la negativa a brindar información de la situación económica financiera y otra promovida por el empleador.

10. La norma resulta totalmente clara, puesto que, en ningún extremo de la misma se precisa que las reuniones en el trámite de la Negociación Colectiva no son actos de concurrencia obligatoria. Afirmar ello, desconocería la protección establecida en el artículo 28° de la Constitución Política que reconoce y fomenta la negociación colectiva. Los miembros de la Comisión Negociadora tienen licencia sindical para asistir a todas las reuniones en el trámite de la Negociación Colectiva, desde su inicio hasta el término de la misma".

8. COMUNICACIÓN AL EMPLEADOR Y A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO

En el caso de los dirigentes sindicales que gozan de licencia para asistir a actos de concurrencia obligatoria, así como los que participen de la comisión negociadora, la organización sindical deberá comunicar al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo los nombres y cargos de los dirigentes sindicales sujetos al beneficio de licencia sindical (artículo 18° del Reglamento).

9. FORMA DE CÓMPUTO DEL PERMISO SINDICAL

El permiso sindical se calcula con una periodicidad anual; por lo que en caso de renuncia o vacancia de un dirigente sindical, quien asuma sus funciones hará uso del tiempo de licencia restante que no hubiere sido agotado (artículo 19° del Reglamento).

10. PROHIBICIÓN DE LICENCIA SINDICAL POR ACTO O NORMA ADMINISTRATIVA

De acuerdo con el TUOLRCT existe la prohibición que se modifiquen o se concedan permisos o licencias sindicales por acto o norma administrativa (último párrafo del artículo 32° del TUOLRCT).

11. LICENCIA PREVISTA EN EL DECRETO LEY N° 14481

El Decreto Ley N° 14481 publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de mayo de 1963, otorgó licencias a los trabajadores que seleccione el Centro de Estudios Laborales del Perú y a los delegados de los trabajadores que integren el Consejo Nacional del Trabajo o Comisiones Oficiales.

Sobre este tipo de licencias, la Dirección General de Trabajo (2011) absolviendo una consulta sobre los alcances de la licencia otorgada por el Decreto Ley N° 14481 expresó lo siguiente:

> "El Decreto Ley N° 14481, contiene dos disposiciones, la primera de ellas (artículo 1°) se establece que los trabajadores que seleccione el centro de estudios laborales del Perú, para que sigan cursos de formación social o sindical, en Lima o en Provincias, no perderán sus

salarios y demás beneficios sociales por el tiempo que dejen de trabajar para asistir a dichos cursos.

De otro lado, el artículo 2° de la misma norma señala que los delegados de los trabajadores que integren el Consejo Nacional de Trabajo o comisiones oficiales, encargados de estudiar problemas de interés general o nacional, gozarán de igual protección social durante los días en que asistan a las sesiones que convoque la institución u organismo correspondiente.

La norma objeto de análisis data del año 1963, y regula en esencia dos tipos de licencia sindical: la primera dirigida a facilitar la asistencia de los "delegados" de los trabajadores previamente seleccionados por el extinto Centro de Estudios Laborales del Perú para seguir cursos de formación sindical o social y la segunda dirigida a facilitar la participación de los mismos "delegados" en el Consejo Nacional de Trabajo, ahora sustituido por el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo".

En cuanto a la vigencia de las licencias otorgadas conforme al Decreto Ley N° 14481 en la absolución de consulta mencionada la Dirección General de Trabajo (2011) señaló lo siguiente:

"Consecuentemente, las licencias establecidas en el Decreto Ley N° 14481 mantienen vigencia plena, ello no impide que a partir de una nueva regulación normativa complementaria a través de un decreto supremo, se establezcan reglas para regular su ejercicio y hacerlo armónico en relación a otras licencias propias de las relaciones colectivas de trabajo, lo que no significa de modo alguno que, en tanto no se produzca su reglamentación, el derecho pierda su vigencia y exigibilidad a los sujetos laborales que participan en el diálogo social".

12. LICENCIA SINDICAL POR DIÁLOGO SOCIO LABORAL

Sin perjuicio de los establecido en el artículo 16.° del Reglamento, en concordancia con el Decreto Ley N.° 14481, los dirigentes de los sindicatos, federaciones y confederaciones; así como los representantes de los trabajadores

designados por estos, que se encuentren acreditados para participar en espacios de diálogo socio – laboral, de naturaleza bipartita o tripartita, que tengan la calidad de comisiones oficiales, dentro de las cuales se estudien los problemas de interés general o nacional, tendrán derecho a una licencia de dos (02) días por cada convocatoria que requiera su participación. En los casos en que para su asistencia se requiera trasladarse a localidades donde el viaje no pueda realizarse el mismo día de la licencia concedida, el empleador deberá otorgar un (01) día adicional de permiso (primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.° 003-2019-TR).

De acuerdo con el segundo párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N.° 003-2019-TR, los espacios de diálogo a los que hace referencia comprenden, entre otros, los siguientes:

> [...] al Foro del Acuerdo Nacional, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo y sus comisiones técnicas, el Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus comisiones técnicas, el Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la Comisión Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso. Así como aquellos otros espacios de diálogo socio laboral, promovidos por entidades del Estado, que cuenten con la participación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de alcance regional, nacional o internacional a los que los dirigentes sindicales o sus representantes sean convocados.

13. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE CONCESIÓN DE LICENCIA SINDICAL

El numeral 25.10) del artículo 25° del Reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de octubre de 2006, tipifica como una infracción grave la siguiente:

> "25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical,

promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos".

El artículo citado considera como una infracción grave en materia de relaciones laborales los actos que obstaculicen la representación sindical, dentro de los cuales se encuentra la negativa del empleador a otorgar la licencia sindical, pues, es en uso de este permiso que los dirigentes sindicales ejercen el derecho de libertad sindical.

Bibliografía

- Casación Laboral N° 18449-2016 LIMA, del 14 de julio de 2017.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. (1995). Derecho Laboral, Relaciones Colectivas de Trabajo, 1ª. Edición. Lima: Jus Editores.
- Informe N° 029-2011-MTPE/2/14 del 15 de diciembre de 2011.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. (2002). Derecho del Trabajo, 11ª. Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). La Libertad Sindical-Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Consejo de Administración de la OIT.
- Resolución de Intendencia N° 219-2015-SUNAFIL/ILM del 18 de junio de 2015.
- Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM del 10 de setiembre de 2014.

CAPÍTULO XXIV
LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

Sumario: 1. Introducción. 2. Disolución de la organización sindical. 3. Causas determinantes de la disolución de una organización sindical. 4. Liquidación del patrimonio sindical. 5. Cancelación del registro sindical.

1. INTRODUCCIÓN

Según el inciso 1) del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical; uno de estos mecanismos de garantía es que la extinción de las organizaciones sindicales se efectúe solo por causales previstas previamente por la ley.

En las siguientes líneas analizaremos la disolución y liquidación de las organizaciones sindicales conforme a la regulación prevista por el TUOLRCT.

2. DISOLUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

La disolución de un sindicato implica la terminación de la vida jurídica del mismo.

Los sindicatos como todo tipo de persona jurídica pueden desaparecer por las causas que la ley prevé, situación que origina a su vez que su patrimonio tenga que ser liquidado y distribuido también conforme a la normatividad vigente.

El Convenio N.° 87 de la OIT establece textualmente lo siguiente:

"Artículo 4
Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa".

Al respecto, ACKERMAN y otros (2007) nos dicen lo siguiente:

"De acuerdo con la regla del artículo 4° del Convenio, las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.
Si bien la claridad de la norma no demanda esfuerzos interpretativos, los casos que dieron lugar a la intervención de los órganos de control llevaron a considerar que ciertas situaciones o acciones son equivalentes a las vedadas por aquélla –tales como la cancelación del registro o la anulación de la personalidad jurídica – y a que se señalara que la disolución de organizaciones sindicales es una medida que sólo debería producirse en casos de extrema gravedad y que ellas sólo deberían producirse como consecuencia de una decisión judicial a fin de garantizar plenamente los derechos de la defensa" (pp. 70-71).

Por su parte MONTOYA (1988) al referirse a la disolución de los sindicatos en el derecho español refiere lo siguiente:

"Parte del contenido de la libertad sindical es el derecho de los sindicatos a decidir democráticamente su propia suspensión o extinción (art. 2.1.a LOLS).
La preservación de este derecho implica que las autoridades administrativas carecen de legitimación para suspender o disolver sindicatos (Convenio N° 87 de la O.I.T.); tal competencia se atribuye a la Autoridad Judicial que podrá disponer la suspensión o disolución de un sindicato, sólo como medida sancionadora frente al "incumplimiento grave de las leyes" (art. 2.2.c LOLS)" (p. 128).

Sobre la disolución de sindicatos el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (2018) ha sostenido lo siguiente:

"**980.** En los casos que entrañan la disolución o la suspensión de las organizaciones sindicales de un país, el Comité se ha declarado profundamente convencido de que no es posible hallar la solución de los problemas económicos y sociales porque atraviesa un país aislando las organizaciones sindicales y suspendiendo sus actividades. Muy por el contrario, sólo el desarrollo de organizaciones sindicales libres e independientes y la negociación con ellas pueden permitir al gobierno en cuestión afrontar los problemas y resolverlos en la forma más favorable posible para los intereses de los trabajadores y de la nación.

981. El Comité ha estimado que, en vista de las graves consecuencias que tiene para la representación profesional de los trabajadores la disolución de su sindicato, parecería preferible para el desarrollo de las relaciones laborales que tal medida sea tomada sólo como último recurso, después de haber agotado otros medios menos drásticos para la organización en su conjunto.

3. CAUSAS DETERMINANTES DE LA DISOLUCIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

CAMPOS (2003) define la disolución en los términos siguientes:

"La disolución es el fenómeno por el que se extingue la personalidad de las entidades de derecho. Equivale a la muerte de las personas naturales" (p. 429).

Sobre la disolución de las organizaciones sindicales, el TUOLRCT en su artículo 33° establece textualmente lo siguiente:

"**Artículo 33.-** La disolución de un sindicato se produce por fusión o absorción; por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros adoptados en asamblea general o fuera de ella, acreditado con las correspondientes firmas; por cumplirse cualesquiera de los eventos previstos en el estatuto para este efecto; o por resolución en última instancia de la Corte Suprema. En este último caso, las causales serán las señaladas para una asociación y el procedimiento será el establecido por el artículo 96 del Código Civil.

Igualmente, puede solicitar la disolución la parte que acredite tener legítimo interés económico o moral, en cuyo caso podrá requerir al Ministerio Público para que solicite ante el Poder Judicial la disolución del sindicato, siguiendo el trámite previsto en el artículo 96 del Código Civil, en lo que fuere aplicable. Por el sólo mérito de la sentencia consentida o ejecutoriada que disponga la disolución del sindicato, la Autoridad de Trabajo efectuará la cancelación del registro sindical.

Tratándose de un sindicato de empresa, la disolución se producirá, además, por liquidación de la empresa a que pertenece. En este caso la disolución opera de pleno derecho".

A continuación, efectuaremos un breve análisis de cada uno de las causas de disolución de las organizaciones sindicales según el TUOLRCT.

3.1. Disolución de un sindicato por fusión o absorción

Por fusión entendemos el acuerdo tomado entre dos organizaciones sindicales para agruparse y conformar un nuevo sindicato, el cual asume los derechos y obligaciones de los sindicatos fusionados, así como su patrimonio, el cual se convierte en unitario. Producida la fusión de las organizaciones sindicales originarias estas quedan disueltas. La fusión tiene como objeto que los sindicatos fusionados al unir sus fuerzas puedan conseguir beneficios que por sí solos no podrían lograr con la misma eficacia.

Por otra parte, la figura de la absorción conlleva la negociación entre dos organizaciones sindicales a efectos que una de ellas pase a formar parte de la otra. En este caso el sindicato absorbente mantiene su estructura administrativa, produciéndose únicamente un aumento del patrimonio y del número de miembros de la organización gremial absorbente.

3.2. Disolución de un sindicato por acuerdo mayoritario de sus miembros

Por disolución voluntaria entendemos el acuerdo tomado por los miembros de un sindicato, quienes en uso de su derecho a la libertad sindical deciden poner término a la vida jurídica de la organización gremial.

Si bien los sindicatos se constituyen para durar en el tiempo, existe la posibilidad que sus afiliados de manera libre y voluntaria, mediante acuerdo adoptado en asamblea general por mayoría absoluta de sus miembros o fuera de ella, pero acreditado con las correspondientes firmas, decidan dar por terminada

la existencia del sindicato en razón de presentarse alguno de los supuestos previstos en el estatuto sindical para tal disolución, conforme al artículo 33° del TUOLRCT.

Al respecto, RENDÓN (2014) nos dice lo siguiente:

> "La libertad sindical implica también la facultad de quienes conforman una organización sindical de disolverla. Es general que en el estatuto de esta se prevean los requisitos para la disolución. Se puede establecer un quórum especial, por ejemplo, dos terceras partes, del número total de miembros, tres cuartas partes, cuatro quintas, etc.; y, asimismo, se señala mayorías, también especiales, en la votación, superiores a la mitad más uno. Respecto de las organizaciones de segundo y tercer grado se puede disponer también que sea necesario el acuerdo adoptado en asamblea de las correspondientes organizaciones afiliadas.

Estas exigencias tienen por finalidad hacer más difícil el trámite de la disolución, por cuanto, por su finalidad, una organización sindical tiene una vocación de permanencia.

Siendo el estatuto el documento en el cual se basa la unión de los afiliados, al comprometerse a acatarlo, todos ellos se comprometen también a mantener con vida y actividad a la organización sindical" (pp. 85-86).

3.3. Disolución del sindicato por cumplirse los eventos previstos en su Estatuto

Esta causal de disolución se presenta cuando el Estatuto de la organización sindical reconoce causas o eventos que al materializarse motivan la terminación de la existencia jurídica del sindicato.

Resulta pertinente precisar, que esta causal no necesita de mandato judicial de por medio a efectos de su aplicación, simplemente opera en mérito a su constatación.

Al respecto, BOZA (1994) y otros nos dicen lo siguiente:

> "El fin del sindicato porque no puede funcionar según su estatuto configura una causal sobreviniente de disolución, produciéndose necesariamente sin que concurra el acuerdo de la asamblea general de

afiliados o fuera de ella, acreditado con las correspondientes firmas" (p. 77).

3.4. Disolución del sindicato por resolución judicial

Una organización sindical puede ser disuelta por mandato judicial cuando sus fines o actividades sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público. En este caso la disolución será dispuesta por resolución emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República quien fallará en última instancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 33° del TUOLRCT.

Sobre este particular RENDÓN (2014) refiere lo siguiente:

> "La noción de orden público, según la doctrina, pues carece de una definición legal, es muy amplia, lo que podría dar lugar, en ciertos momentos, a una interpretación restrictiva de la libertad sindical, a tono con la orientación política de los gobiernos y su actitud adversa hacia la democracia" (pp. 86-87).

Respecto a esta forma de disolución el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (2018) ha sostenido lo siguiente:

> "**1002.** El Comité considera que la disolución de organizaciones sindicales es una medida que sólo debería producirse en casos de extrema gravedad. Tales disoluciones sólo deberían producirse como consecuencia de una decisión judicial a fin de garantizar plenamente los derechos de la defensa. (p. 191)

Cualquier parte que demuestre tener legítimo interés económico o moral podrá solicitar la disolución de un sindicato, en cuyo caso tendrá que recurrir al Ministerio Público a efectos de que sea dicha entidad la que requiera al Poder Judicial se pronuncie respecto a la disolución.

Actualmente, sobre el trámite de la disolución debemos decir que no se aplican las normas de procedimiento contenidas en el Código Civil ni en la Ley N° 26636, sino las contenidas en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la cual en el literal g) de su artículo 2° establece que en el proceso ordinario

laboral son competentes los juzgados especializados de trabajo para conocer las pretensiones relacionadas con «conflictos sindicales, incluida su disolución».

La aplicación de la NLPT se justifica por ser la norma específica para regular el procedimiento de disolución de organizaciones sindicales.

De declararse fundada la demanda de disolución de la organización sindical mediante sentencia consentida o ejecutoriada, la Autoridad Administrativa de Trabajo efectuará la cancelación del registro sindical.

La prohibición de disolución administrativa también alcanza a las federaciones y confederaciones sindicales conforme al artículo 6° del Convenio N° 87 de la OIT.

3.5. Disolución del sindicato por liquidación de la empresa

Se entiende por liquidación el proceso mediante el cual una empresa culmina sus actividades económicas, realizando sus activos, para pagar la totalidad de sus pasivos y finalmente, si existiera, distribuyendo el remanente entre sus socios.

TRUJILLO (1979) define la liquidación en los términos siguientes:

> "[...] no es otra cosa que el conjunto de operaciones realizadas para transformar en dinero los bienes y derechos, pagar con ese dinero todas las deudas y entregar a quien corresponda el saldo cuando lo hubiera" (p. 185).

Según CAMPOS (2003):

> "La liquidación [...] se refiere a la distribución de los bienes de la sociedad o asociación disuelta. Es decir, hace alusión a la extinción del patrimonio de la sociedad" (p. 429).

Tal como ya se ha indicado al transcribir el artículo 33° del TUOLRCT, en su último párrafo señala que cuando se trate de un sindicato de empresa, este se disolverá cuando se produzca la liquidación de la empresa a la cual pertenece. En este caso la disolución de la organización sindical opera de pleno derecho.

Las organizaciones sindicales se forman con el fin de representar a los trabajadores para la defensa de sus derechos e intereses, así como para lograr mejoras de índole social y económica; por lo que en el caso de los sindicatos de

empresa, que no son otra cosa que la agrupación de trabajadores que pertenecen a varias profesiones, oficios o especialidades, pero que tienen en común laborar para un mismo empleador, la liquidación del centro de trabajo genera su disolución al desaparecer la finalidad principal para la cual fueron constituidos.

El Texto Único de Procedimiento Administrativos (en adelante TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, modificado por la Resolución Ministerial N° 107-2017-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de junio de 2017, en su numeral 21) señala el trámite que se debe seguir a efectos de la cancelación del registro sindical, el cual iniciará con la presentación de la solicitud ante la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documentaria, siendo la autoridad competente para resolver el Subdirector de Registros Generales.

Cabe precisar que según el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, contra la resolución emitida por el Subdirector de Registros Generales no procede recurso administrativo alguno en la vía administrativa.

3.6. Disolución judicial por perdida del número de afiliados

Si una organización sindical pierde el número mínimo de miembros para su permanecer como tal cae en una causal de disolución; sin embargo de acuerdo con el artículo 23-A del Reglamento adicionado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, este tipo de disolución judicial solo puede ser declarada cuando una vez que se haya verificado que las razones que motivaron la disminución de miembros del sindicato por debajo del mínimo legal, no corresponde a la comisión de actos antisindicales.

Para el cómputo del número mínimo de afiliados se seguirá considerando a los trabajadores sindicalizados despedidos que hubieren denunciado la antisindicalidad de su despido o de la no renovación de contrato sujeto a modalidad ante la inspección del trabajo o demandado la reposición en sede judicial, en tanto el proceso no hubiere concluido.

4. LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO SINDICAL

La liquidación se refiere a la distribución del patrimonio de la organización sindical que se disuelve.

Efectuada la disolución voluntaria o judicial de la organización sindical, debe procederse a la liquidación del patrimonio del sindicato disuelto.

Al respecto, el artículo 34° del TUOLRCT establece lo siguiente:

"**Artículo 34.-** El patrimonio sindical que quedare, una vez realizados los activos y pagados los pasivos, será adjudicado por el liquidador a la organización sindical que el estatuto o la asamblea general designe para tal efecto. A falta de tal designación se adjudicará a la Beneficencia Pública del domicilio del sindicato o a una institución u organización de utilidad social oficialmente reconocida".

BOZA y otros (1994) comentando este artículo nos dicen lo siguiente:

"En primer lugar, han de honrarse las deudas contraídas y traducirse a dinero los bienes del ente sindical, a efectos de que la adjudicación del remanente se efectúe una vez cumplidas todas las obligaciones del ente sindical.

El remanente será entregado a la organización de trabajadores que haya sido elegida adjudicataria por el estatuto o por la asamblea general – de conformidad con la atribución que le reconoce el art. 22, inc. g) de la LRCT.

En los supuestos de disolución voluntaria por fusión o absorción con otras organizaciones sindicales, la asamblea general de afiliados determinará que el patrimonio que reste sea entregado al nuevo ente sindical que se constituye o al sindicato que lo absorbe, respectivamente.

En los demás supuestos de disolución voluntaria o judicial – salvo la referida a quiebra – el sindicato determinará soberanamente, a través de su asamblea general o remitiéndose a lo establecido por su estatuto, qué organización sindical será la adjudicataria del patrimonio sindical.

Si el estatuto no dispone nada al respecto o la asamblea general no lo llega a determinar, el liquidador del sindicato designará, supletoriamente, a la Beneficencia Pública del domicilio del sindicato o a una organización o institución de utilidad social oficialmente reconocida, como destinataria del patrimonio sindical.

Como puede apreciarse de la simple lectura de la norma bajo análisis, la LRCT veda la posibilidad que sean los propios militantes sindicales los beneficiarios del remanente del patrimonio de su organización. Asimismo, no

se prevé que ante el silencio del estatuto o de la asamblea general el patrimonio sindical sea adjudicado por el liquidador a otra organización de trabajadores que cumpla iguales fines que la disuelta" (pp. 79-80).

Queda claro que la ley no permite que los afiliados a un sindicato puedan obtener beneficios económicos con el remanente de la liquidación, pues, las organizaciones sindicales no tienen finalidad lucrativa.

5. CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL

Sobre los casos en los cuales se produce la cancelación del registro sindical el artículo 20° del TUOLRCT señala expresamente lo siguiente:

> "**Artículo 20.-** La cancelación del registro por la Autoridad de Trabajo se efectuará sólo después de la disolución del sindicato, la misma que se producirá por las causales siguientes:
>
> a) Por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.
> b) Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en el estatuto para ese efecto.
> c) Por pérdida de los requisitos constitutivos.
>
> En los casos contemplados en los literales a) y b), la disolución se produce de pleno derecho y no requiere de declaración judicial previa.
>
> En el caso del literal c) la persona que acredite legítimo interés económico o moral solicitará al Juez de Trabajo competente la disolución del sindicato, el que previa verificación, resolverá la solicitud mediante el proceso sumarísimo en concordancia al literal e), numeral 3 del artículo 4 de la Ley N° 26636 - Ley Procesal del Trabajo.
>
> Por el solo mérito de la sentencia consentida o ejecutoriada que disponga la disolución del sindicato, se efectuará la cancelación del registro".

En cuanto a los supuestos contenidos en los literales a) y b) la disolución de la organización sindical se produce de puro derecho; es decir, que no necesita que tal situación se declare mediante un pronunciamiento judicial; mientras que en el caso contenido en el literal c), la persona que acredite legítimo interés económico o moral solicitará al Juez de Trabajo competente la disolución del sindicato.

El artículo 23-B del Reglamento adicionado mediante Decreto Supremo No.014-2022-TR, establece que cualquier persona natural o jurídica que tenga legítimo interés económico o moral podrá solicitar ante el juez Especializado de Trabajo competente la disolución del sindicato por haber perdido los requisitos constitutivos ,debiendo la demanda tramitarse mediante el proceso establecido en la ley procesal del trabajo vigente al momento de la solicitud, es decir el proceso ordinario laboral.

En el caso de la cancelación del registro sindical, el artículo 24° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, ha previsto que la organización sindical cuyo registro hubiese sido cancelado por pérdida de los requisitos constitutivos, podrá registrarse nuevamente cuando lo estime conveniente, únicamente acreditando el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 21.° del citado cuerpo normativo, suprimiendo la exigencia que trascurran seis (06) meses posteriores al pronunciamiento que dio lugar a la cancelación para solicitar un nuevo registro.

Bibliografía

- ACKERMAN, Mario E. y otros. (2007). Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VII Relaciones Colectivas de Trabajo – I, 1ª. Edición. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- BOZA PRO, Guillermo y otros. (1994). Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada, 1ª. Edición. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.
- Casación N° 4255-2017 LIMA, del 19 de junio de 2017.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7ª. Edición revisada y actualizada. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Casación Laboral N° 16648-2015 LIMA, del 06 de enero de 2017
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (1988). Los Sindicatos en el Derecho Español. En Los Sindicatos en Iberoamérica. Lima: Editorial Aele.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). La Libertad Sindical-Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Consejo de Administración de la OIT.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2014). Derecho del Trabajo Colectivo, 8ª. Edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- TRUJILLO V., Julio César. (1979). Derecho del Trabajo, Tomo II. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, Quito.

CAPÍTULO XXV
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario: 1. Introducción. 2. La negociación colectiva en los instrumentos internacionales y la Constitución. 3. Definición de negociación colectiva. 4. Contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. 5. Titularidad del derecho de negociación colectiva. 6. Límites al derecho de negociación colectiva 7. Definición de convenio colectivo. 8. Características del convenio colectivo. 9. Fuerza vinculante del convenio colectivo. 10. Tipos de cláusulas en los convenios colectivos. 11. Nivel de la negociación colectiva. 12. Capacidad negocial. 13. Intervención de asesores. 14. Inicio de la negociación colectiva .15. Presentación del Pliego de reclamos.16. Recepción del pliego de reclamos. 17. Información para la negociación.18. Evaluación económica del pliego de reclamos. 19. Duración de la negociación colectiva. 20.Etapas de la negociación colectiva.21. Impugnación del laudo arbitral.

Palabras clave: Negociación Colectiva – Convenio colectivo – Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores, por su naturaleza, son conflictivas, sean individuales o colectivas. Dicho conflicto radica en la contraposición de intereses que tienen ambas partes, pues, mientras, por un lado, los empleadores buscan obtener un mayor beneficio económico reduciendo los costos de producción y de mano de obra; es decir, pagando menores sueldos y disminuyendo otros derechos laborales; por otro lado, los trabajadores pretenden aumentar sus ingresos y mejorar su nivel de vida personal y familiar.

Frente a relaciones laborales controversiales, surge la negociación colectiva como un mecanismo de solución pacífica de los conflictos económicos de trabajo, mediante el cual ambas partes, en uso de su autonomía colectiva, buscan llegar

a un acuerdo sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros aspectos laborales, que se materializa en el denominado convenio colectivo de trabajo, llamado también contrato colectivo.

En las líneas siguientes nos avocaremos al estudio de la negociación colectiva y de su producto, el convenio colectivo, con relación al régimen laboral de la actividad privada peruano, dejando para otra oportunidad el estudio de su regulación en el régimen laboral público.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA CONSTITUCIÓN

La OIT se ha ocupado expresamente de regular el derecho a la negociación colectiva en su Convenio N.° 98, sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva (1948) aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 14712, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de noviembre de 1963, y en el Convenio N.° 154, no ratificado por el Perú, pero que según el Tribunal Constitucional (2009: fundamento 18) forma parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28.° de la Constitución, además, también ha sido considerado en la Recomendación N.° 91 sobre los contratos colectivos (1951).

La CIDH, en su Opinión Consultiva OC-27/21, del 05 de mayo de 2021, sobre Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género; considera que derecho a la negociación colectiva constituye un componente esencial de la libertad sindical, en tanto comprende los medios necesarios para que los trabajadores y las trabajadoras se encuentren en condiciones de defender y promover sus intereses (fundamento 91).

En el ámbito nacional, encontramos que el derecho a la negociación colectiva se ha sido consagrado en el artículo 28.° de la Constitución de 1993, el que textualmente dispone:

> **"Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga**
> **Artículo 28.-** El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
> [...]

2.Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado."

Del texto constitucional se desprende que la negociación colectiva no solo está reconocida como un derecho de los trabajadores, sino que el Estado la promueve por ser una forma pacífica de solución de los conflictos de trabajo.

Sobre el fomento por parte del Estado a la negociación colectiva, el Tribunal Constitucional (2004) ha expresado lo siguiente:

> "[...] el derecho a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo y que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado" (fundamento 5).

3. DEFINICIÓN DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como sabemos, en Derecho todas las definiciones son relativas, porque los conceptos jurídicos varían con el tiempo, pero, sobre todo, porque los diversos ordenamientos positivos de los Estados establecen definiciones distintas; por tal motivo, antes de proponer una definición propia, transcribiremos algunas definiciones sobre el tema para luego presentar la nuestra.

La OIT en su Convenio N.° 98 no establece una definición de negociación colectiva; sin embargo, delimita sus aspectos fundamentales al precisar en su artículo 4.° que:

> "Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo".

Donde sí presenta una definición la OIT, es en el artículo 2.° del Convenio N.° 154, no ratificado por el Perú, en el cual precisa que:

> "[...] comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:
> (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
> (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
> (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

El Tribunal Constitucional (2015) establece la definición de negociación colectiva siguiente:

> "54. La negociación colectiva es el principal instrumento para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en el contexto de una relación laboral. En ese sentido, dentro del respeto del orden público constitucional, la Constitución impone al Estado el deber de fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales [...]" (fundamento 54).

MERCADER (2015) define la negociación colectiva en los términos siguientes:

> "La negociación colectiva puede ser definida, por tanto, como el proceso formalizado de diálogo entre representantes de los trabajadores y empresarios encaminado, en ejercicio de su autonomía colectiva, a la consecución de un convenio colectivo regulador de las relaciones entre ambos, así como de las condiciones a que han de ajustarse los contratos de trabajo en un ámbito determinado" (p. 91).

GERNIGON (2000) y otros nos explican que:

> "La negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato colectivo" (p.9).

Por nuestra parte, definimos la negociación colectiva como aquel procedimiento por el cual un empleador o un grupo de empleadores y una organización sindical o coalición de trabajadores, en uso de su autonomía colectiva, a través del intercambio recíproco de propuestas, negocian sobre incrementos remunerativos, condiciones de trabajo y otros beneficios de carácter laboral.

4. PRINCIPIOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De acuerdo con el Tribunal Constitucional (2009), los principios que cimientan la negociación colectiva son el principio de negociación libre y voluntaria, principio de libertad para definir el nivel de la negociación y el principio de la buena fe (fundamentos 11 al 17).

4.1. Principio de negociación libre y voluntaria

Según este principio toda negociación debe desarrollarse en un contexto de libre y voluntaria intención de negociar, proscribiéndose toda posibilidad que el Estado establezca sistemas de negociación obligatoria mediante mecanismos coercitivos, lo que no excluye que el Estado pueda intervenir para facilitar la negociación.

Al respecto, el CLS (2018) ha expresado lo siguiente:

> "**1313.** La negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto la autonomía de los interlocutores sociales en la negociación, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical.
> **1315.** La negociación colectiva, para ser eficaz, debe tener carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación" (p.249).

Sobre el principio materia de comentario, el Tribunal Constitucional (2009) ha sostenido lo siguiente:

"13. De este modo, en virtud de este principio, el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio de la negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante, ello no impide que el Estado pueda prever legislativamente mecanismos de auxilio a la negociación, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, ni órganos de control que tengan por finalidad facilitar las negociaciones.

En buena cuenta, el principio de la negociación libre y voluntaria incluye: **a)** la libertad para negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar y de negociar con una o con otra organización sindical, y **b)** la libertad para convenir, entendida como la libertad para ponerse o no de acuerdo durante la negociación.

Por dicha razón, puede concluirse que los convenios de la OIT sobre negociación colectiva no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva; sin embargo, ello no debe entenderse como que los Estados tengan que abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva que hayan establecido" (fundamento 13).

En consecuencia, el principio de la autonomía colectiva implica que las partes que participan en un procedimiento de negociación colectiva se encuentren en la libertad de establecer el contenido de la misma y poder llegar a pactos, no pudiendo limitarse estos dos temas por norma estatal; sin embargo, esta prohibición no impide que el Estado actúe facilitando el procedimiento de negociación, ello conforme al deber de fomentar la solución pacífica de los conflictos laborales.

4.2. Libertad para definir el nivel de la negociación

De acuerdo con este principio, la elección del nivel en que se llevará a cabo la negociación colectiva corresponde a las partes que participan en el procedimiento negocial, pues, son ellas las que, en uso de su autonomía colectiva, se encuentran

en posición de acordar en qué nivel desean llevar a cabo la negociación, no pudiendo ser determinado por norma legal alguna, puesto que ello implicaría una vulneración de la autonomía de las partes.

No obstante lo expuesto, esta regla no es absoluta, pues, dentro de nuestro ordenamiento jurídico se admite, excepcionalmente, que si las partes no se ponen de acuerdo sobre el nivel en el cual se deberá llevar a cabo la negociación colectiva, dicha discrepancia sea sometida a arbitraje a efectos de que sea un árbitro o tribunal arbitral ajeno a las partes quien determine en qué nivel se desarrollará; siempre que se advierta que una de las partes está actuando de mala fe o está realizando prácticas desleales con la finalidad de dilatar, entorpecer o evitar la consecución de un acuerdo.

Al respecto el Tribunal Constitucional (2009) ha establecido lo siguiente:

> "15. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado, en principio, no constituiría una violación del derecho de negociación colectiva, pues ésta, como se ha señalado, se fundamenta en el principio de la negociación libre y voluntaria y, por ende, en la autonomía de las partes.

No obstante, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva. Ello se justifica plenamente en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales.

En sentido similar, puede considerarse que un rechazo injustificado a negociar puede lesionar el derecho de negociación colectiva si la negativa tiene como única finalidad impedir al sindicato el desarrollo de su actividad sindical. Aunque, como se ha señalado, no toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato determina una vulneración del derecho de negociación colectiva, tal lesión se producirá siempre y cuando ésta incida en el derecho a la actividad sindical y se produzca de modo arbitrario e injustificado.

De ahí que, en el subpárrafo 1, del párrafo 4 de la Recomendación núm. 163, se señala que, en caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a

las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional" (fundamento 15).

El CLS (2018) respecto al nivel de la negociación colectiva ha expresado los siguiente:

> "1404. En base al principio de negociación libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm.98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa.
> 1405. La determinación del nivel de negociación colectiva debería depender de la voluntad de las partes. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación a la libertad sindical.
> 1406. La determinación del nivel de negociación (colectiva bipartita) debería depender de la voluntad de las partes.
> 1407. El Comité no toma partido ni por la negociación a nivel de rama de actividad ni por la negociación a nivel de empres. El principio fundamental es que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas" (p.266).

4.3. Principio de la buena fe

Según este principio, las partes deben actuar de buena fe para que la negociación colectiva se desarrolle en forma eficaz; es necesario que, tanto la parte laboral como la parte empleadora, actúen de una manera honesta, de tal manera que la negociación pueda llegar a un buen resultado que, en principio, debe ser plenamente satisfactorio para ambas partes.

El artículo 40-A del Reglamento adicionado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, con relación al deber de negociar de buena fe legisla lo siguiente:

"Las partes están obligadas a negociar de buena fe como interlocutores válidos para la celebración de una convención colectiva. Esto implica para las partes por lo menos lo siguiente:

a) Recepción del pliego de reclamos y el inicio de la negociación colectiva dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego.
b) La entrega oportuna de la información económica, financiera , social y demás pertinente que se establezca en el convenio colectivo, ley, reglamento o que requiera la Autoridad de Trabajo.
c) Concurrencia a las reuniones en los lugares y con la frecuencia y periodicidad acordadas.
d) La realización de todos los esfuerzos necesarios para la consecución de los acuerdos que pongan fin a la negociación colectiva, y, la abstención de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraparte, sin menoscabo del derecho de huelga".

Sobre este punto, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo (2018) ha expresado lo siguiente:

"**1329.** Tanto los empleadores como los sindicatos deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo, y la existencia de relaciones de trabajo satisfactorias depende primordialmente de la actitud recíproca de las partes y de su confianza mutua.

1330. El principio de que tanto los empleadores como los sindicatos deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo, supone evitar todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones" (pp. 252-253).

El principio de buena fe se encuentra vinculado a la conducta de la persona, en virtud del cual se postula que las partes intervinientes en el procedimiento de negociación colectiva deben actuar de manera tal que siempre busquen cumplir con las obligaciones acordadas en la negociación y plasmadas en el convenio colectivo de trabajo, sin efectuar prácticas desleales a fin de entorpecer, dilatar o imposibilitar la consecución de un acuerdo.

Sobre el principio materia de comentario el Tribunal Constitucional (2009) ha expresado lo siguiente:

> "16. Para que la negociación colectiva funcione eficazmente, las dos partes deben actuar con buena fe y lealtad para el mantenimiento de un desarrollo armonioso del proceso de negociación colectiva, es decir, deben realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un convenio. Sin embargo, como la buena fe no se impone por ley, únicamente puede obtenerse de los esfuerzos voluntarios, recíprocos, serios y continuos de los empleadores y trabajadores.
>
> Por ello, es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y hagan todo lo posible y necesario para llegar a un acuerdo razonable y coherente, es decir, que debe buscarse la celebración de negociaciones verdaderas, eficientes, eficaces y constructivas.
>
> De este modo, este Tribunal considera, a modo de ejemplo, que negarse a suministrar la información necesaria, a formular contrapropuestas, a fijar una fecha de reunión o a acordar mecanismos procedimentales, son comportamientos que muestran la ausencia de buena fe en la negociación.
>
> 17. Asimismo, en virtud del principio de la buena fe, los acuerdos adoptados entre las dos partes deben ser de cumplimiento obligatorio e inmediato para ellas, pues el mutuo respeto a los compromisos asumidos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva.
>
> Por dicha razón, ninguna legislación puede prever ni permitir que el empleador modifique unilateralmente el contenido y los compromisos asumidos en los convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociar nuevamente, pues se afectaría el ejercicio democrático del derecho de negociación colectiva" (fundamentos 16 y 17).

5. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Según OJEDA (2014) el contenido esencial del derecho de negociación colectiva no puedes ser otro que "el de una regulación de las condiciones de trabajo mínimas en un ámbito o sector determinado" (p. 358).

Por nuestra parte, creemos que el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva está conformado por los elementos siguientes:

i) Es un derecho de titularidad y ejercicio colectivo.
ii) Es un derecho de autoregulación que permite libremente a las partes tomar acuerdos sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros aspectos de índole laboral.
iii) Es un derecho en que lo pactado tiene fuerza vinculante para las partes.

6. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Tribunal Constitucional (2015) ha determinado que la titularidad del derecho a la negociación colectiva no corresponde a los trabajadores individuamente considerados sino a sus organizaciones representativas (fundamento 55).

En consecuencia, será el sindicato u otra forma de organización que represente a los trabajadores, por ejemplo, una coalición, la titular de este derecho, debiendo ejercerlo con sujeción a lo que haya previsto la ley.

7. DEFINICIÓN DE CONVENIO COLECTIVO

En forma previa a presentar nuestra definición de convenio colectivo, citaremos algunas definiciones contempladas en la legislación y la doctrina, para luego presentar la nuestra.

La OIT en su Recomendación N.° 91, sobre los contratos colectivos, adoptada en Ginebra el 29 de junio de 1951, definió los contratos o convenios colectivos en los términos siguientes:

> "[...] la expresión **contrato colectivo** comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional".

El Tribunal Constitucional (2005) por su parte, ha definido el convenio colectivo en los términos siguientes:

> "**c.4.4.) El convenio colectivo**
> 29. Se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores.
> El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.
> Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos y por el empleador o sus representantes.
> La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa" (fundamento 29).

CAMPOS (2003) define el convenio colectivo en los términos siguientes:

> "[...] convención colectiva de trabajo es el acuerdo que sobre condiciones de trabajo se celebra entre un empleador o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones sindicales, por otra" (p. 448).

TRUJILLO (1979) al definir el convenio colectivo refiere lo siguiente:

"[...] el contrato colectivo es un convenio escrito mediante el cual una o más asociaciones profesionales de trabajadores y uno o más empleadores o asociaciones de empleadores establecen derechos y obligaciones recíprocas y las condiciones de trabajo que han de regular las relaciones laborales o los contratos individuales de trabajo en la empresa o empresas para las cuales se celebra" (p. 194).

Por su parte, TOYAMA (2010) sostiene que el convenio colectivo es:

"[...] un negocio jurídico: un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar y extinguir derechos y obligaciones. Pero, la particularidad reside en su eficacia normativa: el acuerdo se produce en virtud de un reconocimiento al poder autónomo que gozan las partes colectivas laborales para "autonormar" sus relaciones jurídicas y crear verdaderas normas jurídicas" (p. 398).

Al respecto ALEMÁN (2015) explica lo siguiente:

"Los convenios colectivos son el resultado de una deliberación de voluntades forjadas en el ámbito profesional mediante sujetos que, tras sucesivas negociaciones y transacciones mutuas, muestran su conformidad respecto de un acuerdo aplicable en el tiempo y de base y alcance colectivo. Nacen de un poder de normación social que atempera el conflicto capital trabajo, y, como negocio jurídico resultante, revierte en la unidad contractual que gestó el acuerdo" (pp. 497–498).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 41.° del TUOLRCT define el convenio colectivo en los términos siguientes:

"**Artículo 41.-** Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados

y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores".

Por nuestra parte, definimos el convenio colectivo de trabajo como aquel acuerdo adoptado por un empleador o una asociación de empleadores con una organización sindical o en ausencia de esta, por representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados, con la finalidad de regular el otorgamiento de beneficios económicos y condiciones de trabajo.

8. FUERZA VINCULANTE DEL CONVENIO COLECTIVO

Originalmente, la Constitución Política de 1979 le otorgaba a la convención colectiva "fuerza de ley entre las partes", lo que implicaba que el convenio colectivo tenía carácter normativo, convirtiéndose en un precepto especial del derecho del trabajo; además de su alcance jurídico como norma con rango de ley, lo cual llevó a muchas interpretaciones erróneas respecto a dicho tema. Sin embargo, ello cambió con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, que en el numeral 2) de su artículo 28.° estableció que el convenio colectivo tenía fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

La fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado significa que el convenio colectivo obliga a las partes que lo suscribieron, a los trabajadores en cuyo nombre se suscribió y a quienes les resulte aplicable, así como al personal que posteriormente se incorpore a la empresa partícipe del pacto, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza (artículo 42.° del TUOLRCT).

En la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que acuerden siempre que las mismas no establezcan diferencias injustificadas entre los/as trabajadores/as del ámbito o sean contrarias al ordenamiento jurídico (primer párrafo del artículo 28.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR).

El empleador no puede extender de forma unilateral los alcances de la convención colectiva a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación (segundo párrafo del artículo 28.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR).

El Tribunal Constitucional (2005) al desarrollar el tema de la fuerza vinculante de los convenios colectivos nos dice lo siguiente:

"33. La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

- El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.
- Su alcance de norma con rango de ley.

En cambio, el inciso 2 del artículo 28° de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier Neves Mujica, [Introducción al derecho laboral. Lima; PUCP, 2003], esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En suma: dentro del contexto anteriormente anotado, la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance y

las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley" (fundamento 33).

Por su parte, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) sobre la fuerza vinculante de la convención colectiva ha establecido la doctrina jurisprudencial siguiente:

> «La fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo significa que dicho acuerdo obliga a las partes que la suscribieron, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a aquellos trabajadores que se incorporen con posterioridad a la empresa o empresas pactantes de la convención colectiva, con excepción de quienes sean trabajadores de dirección o personal de confianza" (Décimo Quinto considerando).

9. TIPOS DE CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Las cláusulas que contiene el convenio colectivo pueden ser normativas, obligacionales y delimitadoras (artículo 29.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR).

9.1. Cláusulas normativas

Son aquellas que regulan las relaciones individuales y generan derechos y obligaciones para los trabajadores y el empleador; este tipo de cláusulas se interpreta como normas jurídicas.

Respecto a la anterior definición de cláusulas normativas que contenía el artículo 29 del Reglamento de la LRCT , el III Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Laboral y Previsional, llevado a cabo en la ciudad de Lima los días 26 y 30 de junio de 2015, en su Tema N.° 01, tomó el acuerdo siguiente:

> "Procede la interpretación favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas, cuando al aplicar el método literal, y los demás métodos de interpretación normativa, exista duda insalvable sobre su sentido. Si ante dicha duda insalvable, se incumple con interpretarlas de manera favorable al trabajador, se comete una infracción del artículo 29° del Reglamento de la Ley de

Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N.° 011-92-TR".

Por su parte la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) , respecto de la antigua redacción estableció como doctrina jurisprudencial el criterio siguiente:

> "Las cláusulas normativas de las convenciones colectivas, se interpretan en el sentido más favorable al trabajador, ya sea otorgando mayores beneficios o reduciendo perjuicios. Esta interpretación procede cuando después de aplicar el método literal, y los demás métodos de interpretación normativa exista duda insalvable sobre el sentido de la cláusula convencional".

9.2. Cláusulas obligacionales

Son aquellas que establecen regulan los demás aspectos de las relaciones colectivas y generan derechos y obligaciones para las organizaciones sindicales y el empleador. Dentro de las cláusulas obligacionales se encuentran también la regulación de los niveles de la propia negociación colectiva . Este tipo de cláusulas se interpreta como contratos.

10. CARACTERÍSTICAS DEL CONVENIO COLECTIVO

El artículo 43.° del TUOLRCT precisa como características del convenio colectivo las siguientes.

10.1. Primacía del convenio colectivo sobre los contratos individuales

El convenio colectivo tiene mayor jerarquía normativa que el contrato individual de trabajo, es por ello, que los acuerdos plasmados en el primero se incorporan automáticamente y modifican las condiciones acordadas inicialmente en el segundo, siempre que resulten más beneficiosas, pues, caso contrario, se deberá optar por aplicar los beneficios contenidos en el acuerdo individual (literal a el artículo 43.° del TUOLRCT).

10.2.Vigencia de los beneficios acordados

Los derechos reconocidos por el convenio colectivo rigen desde la fecha de vigencia del mismo que, por lo general, coincide con la caducidad de su antecesor, a falta de este desde la fecha de presentación del pliego.

La regla descrita en el párrafo anterior no resulta de estricta aplicación tratándose de obligaciones de hacer o dar en especie, ya que las mismas que rigen desde la fecha de suscripción del convenio o del laudo arbitral que soluciona la negociación colectiva, pues, debe tenerse en cuenta que, por la naturaleza de esta clase de beneficios, no es posible su reintegro (literal b del artículo 43.° del TUOLRCT).

Debe quedar claramente establecido que los beneficios del convenio colectivo sí alcanzan a aquellos trabajadores con vinculo vigente al momento de presentación del pliego y que por cualquier motivo hayan cesado antes de la suscripción del convenio colectivo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República (1998) ha señalado lo siguiente:

> "(...) la recurrida ha aplicado correctamente los principios jurisprudenciales que determinan que los derechos de la negociación colectiva se generan para todos los trabajadores que tengan vínculo vigente al inicio de la misma, por cuanto la petición parte de ellos, no pudiendo excluírseles con posterioridad pese a que su aplicación es retroactiva".

10.3.Duración del convenio colectivo

Con la modificación introducida por el artículo 2.° de la Ley N.° 27912 y la redacción del TUOLRCT, son las partes las que determinarán de común acuerdo la duración del convenio colectivo; solo a falta de dicho acuerdo se entenderá que este regirá por un año (literal c del artículo 43.° del TUOLRCT).

Consideramos que dicha redacción resulta acertada, pues, son las partes que en uso de su autonomía colectiva pueden acordar válidamente el plazo de vigencia del convenio colectivo.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018) sobre la vigencia de los convenios colectivos ha establecido la doctrina jurisprudencial siguiente:

"La vigencia del Convenio Colectivo es solo de un año cuando no existe acuerdo entre las partes, caso contrario, estas pueden convenir un período de vigencia mayor, el mismo que puede ser renovado, prorrogado, o acordado de carácter permanente; asimismo se establece que la Convención Colectiva rige hasta el vencimiento del plazo pactado o hasta que sea modificada por una Convención posterior".

10.4. Vigencia de las cláusulas del convenio colectivo

De acuerdo con el texto del artículo 43.° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, modificado por la Ley N.° 27912, las cláusulas del convenio continuarán rigiendo aun cuando el convenio colectivo que las estableció ya no se encuentre vigente, hasta que otro convenio las modifique. Se reconoce, pues, que los derechos derivados de una convención colectiva tienen carácter permanente, salvo pacto en contrario (literal d del artículo 43.° del TUOLRCT).

El artículo 30 del Reglamento , modificado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, ha establecido sobre la vigencia de las cláusulas de la convención colectiva, las reglas de vigencia siguientes:

"Las cláusulas de la convención colectiva de trabajo continúan rigiendo mientras no entre en vigencia una convención colectiva posterior.

La entrada en vigencia de una nueva convención colectiva no afecta la vigencia de las cláusulas permanentes, salvo que estas hayan sido modificadas o derogadas expresamente.

En caso de disolución de la organización sindical, las cláusulas normativas de la convención colectiva continúan en vigencia de conformidad con lo señalado en el presente artículo."

10.5.Los alcances del convenio

La convención colectiva mantiene su vigencia hasta el vencimiento de su plazo, aun cuando se produzca un cambio de empleador por cualquier motivo, tal como sería la fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio o situaciones similares (literal e del artículo 43.° del TUOLRCT).

El artículo 28 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, permite que en la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que acuerden siempre que las mismas no establezcan diferencias injustificadas entre los trabajadores del ámbito o sean contrarias al ordenamiento jurídico.

El empleador no puede extender , de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores no contemplados en sus ámbito de aplicación.

10.6 Formalidades para la celebración de los convenios colectivos

La convención colectiva tiene el carácter de un acto jurídico formal, pues, exige que se celebre por escrito y en triplicado, uno para cada parte y el tercero para su presentación ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, con el objeto de su registro y archivo. Si el acuerdo se suscribe sin el cumplimiento de dicha formalidad devendría en nulo (literal f del artículo 43.° del TUOLRCT).

En cuanto a la presentación de la convención colectiva ante la Autoridad de Trabajo, esta formalidad solo tiene por objeto su registro y archivo, pero no su aprobación, pues, dicha autoridad carece de tal atribución.

11. NIVEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La convención colectiva producirá efectos dentro del ámbito o nivel en que las partes hayan acordado mantener la negociación.

La negociación colectiva se podrá llevar a cabo en tres niveles, los que a saber son, a nivel de empresa, por rama de actividad y de gremio (artículo 44.° del TUOLRCT).

11.1. Nivel de empresa

En este nivel la convención colectiva se aplica a todos los trabajadores de la empresa, si es celebrada por un sindicato mayoritario, o en su defecto solo a trabajadores que se encuentren en determinada categoría, sección o establecimiento determinado dentro de ella.

Además, deberá tenerse en cuenta la existencia de más de un sindicato, pues, esto podría variar el número de los trabajadores beneficiados.

11.2. Por rama de actividad

El convenio colectivo suscrito dentro de este nivel comprende a todos los trabajadores que desempeñen una misma actividad económica, o una determinada parte de ella, independientemente de quien sea el empleador.

11.3. De gremio

En el caso de sindicatos de gremio la convención colectiva resulta aplicable a todos los trabajadores afiliados al mismo, con prescindencia de la actividad que desarrolle su empleador.

Respecto a los niveles en los cuales puede desarrollarse la negociación colectiva, BOZA y otros (1994) comentando el artículo 44.° del Decreto Ley N.° 25593, expresan lo siguiente:

> "De una primera lectura del artículo bajo análisis, podría desprenderse que la LRCT reconoce solamente tres unidades o niveles de negociación (empresa, rema de actividad y otros), descartando, en principio, otras cuyo alcance podría ser menor (centro de trabajo) o incluso mayor (varias ramas de actividad, oficios varios). Esta limitación por ley de los niveles de negociación podría resultar restrictiva de la autonomía normativa reconocida a los sujetos laborales por nuestro ordenamiento constitucional.
>
> Es cierto que el art. 44 de la LRCT recoge lo que podría denominarse las "unidades típicas de negociación", puesto que son las más usuales, sin embargo, no son las únicas. Existe, en realidad, una múltiple gama de unidades de negociación producto de la conjunción de diversos factores" (p. 100).

11.4. Reglas para determinar el nivel de la negociación colectiva

Teniendo en cuenta que existen diversos niveles en los cuales se puede llevar a cabo la negociación colectiva, en el artículo 45.° del TUOLRCT se establecen ciertas reglas para la determinación del nivel de la negociación.

a. El nivel de la primera negociación colectiva

El primer párrafo del referido artículo establece que en los casos en los que no exista una negociación colectiva previa en cualquiera de los niveles anteriormente señalados, las partes acordarán el nivel en el cual se desenvolverá la primera negociación colectiva. Sin embargo, precisa que a falta de consenso sobre este, la negociación se llevará a cabo a nivel de empresa (artículo 45° del TUOLRCT). Esta última disposición ha sido declarada inconstitucional.

Respecto al artículo 45.° del TUOLRCT, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente:

> «27. El primer párrafo del artículo 45° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, señala que:
> "Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior [empresa, rama de actividad o gremio], las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".
> 28. Al respecto, este Tribunal considera oportuno precisar que parte del sentido normativo del primer párrafo del artículo 45° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR resulta materialmente inconstitucional, en la medida que señala que "A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".
> Dicha frase resulta inconstitucional no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues tal como se ha señalado en el fundamento 14, supra, ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación, tal como ocurre con la frase referida.
> Por dicha razón, y en virtud del poder-deber del control difuso reconocido en el artículo 138° de la Constitución y en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara inaplicable dicha frase al caso concreto.
> 29. No obstante ello, y ante la inconstitucionalidad generada, este Tribunal considera pertinente precisar que a falta de acuerdo para

decidir el nivel de negociación, éste se determinara mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga» (fundamentos 30 a 32).

El Tribunal Constitucional ha precisado que si no existe una negociación previa entre las partes, o de existir, estas no llegan a un consenso sobre el nivel en que se llevará a cabo la negociación colectiva, este se determinará mediante arbitraje, puesto que resulta inconstitucional que la ley fije imperativamente el nivel de negociación, ya que ello contraviene el derecho de negociación colectiva reconocido en el artículo 28.° de la Constitución Política del Perú.

El fallo del Tribunal Constitucional antes citado generó diversos cuestionamientos sobre el tipo de arbitraje llamado a resolver la discrepancia sobre cómo determinar el nivel de la negociación colectiva cuando no existiera acuerdo entre las partes. Por este motivo mediante resolución aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional precisó que dicho arbitraje es el potestativo; esto es, que cualquiera de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a que la discrepancia sobre el nivel de negociación sea resuelta en la vía arbitral.

Existe debate dentro de la Doctrina respecto a la aplicación de este tipo de arbitraje, pues, un sector considera que el referido arbitraje contraviene lo establecido en el Convenio N.° 98 de la OIT y los pronunciamientos de sus órganos de control, los cuales se han pronunciado respecto a la obligación de los Estados de fomentar formas de negociación voluntaria, y por ello, establecer como regla general que no resulta admisible la imposición a ambas partes, o a cualquiera de ellas, de mecanismos de solución heterónomos. Otro sector de la doctrina considera que dicho arbitraje resulta válido, puesto que el Estado en el rol de promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales ha implementado este tipo de mecanismo heterónomo, con el cual se reduce los casos en los cuales los trabajadores recurran a mecanismos más radicales como la huelga.

Por nuestra parte nos adherimos a la postura que considera que el arbitraje potestativo resulta válido en la medida que constituye un mecanismo mediante el cual el Estado viabiliza la negociación colectiva, ya que conforme a lo estipulado en el numeral 2) del artículo 28.° de la Constitución Política del Perú, tiene el rol de promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

El artículo 33-A del Reglamento adicionado por Decreto Supremo No.014-2022-TR, ha establecido que "en caso de desacuerdo sobre el nivel de la negociación colectiva , se puede recurrir a la conciliación ,la mediación o el arbitraje. Los trabajadores pueden imponer el arbitraje potestativo de conformidad con lo previsto en el artículo 61-A del presente Reglamento."

b. Variación del nivel de la negociación

En los casos en que exista una convención colectiva en determinado nivel, se podrá llevar a cabo otra negociación en nivel distinto, siempre que medie acuerdo entre las partes. Esta nueva negociación tendrá carácter complementario o sustitutorio de la anterior (segundo párrafo del artículo 45.° del TUOLRCT).

Dicho artículo a su vez prohíbe expresamente que el nivel de la negociación sea impuesto por acto administrativo o laudo arbitral.

c. Negociación colectiva articulada

En este tipo de negociación colectiva debe distinguirse dos niveles, uno macro de carácter sectorial y otro micro a nivel de empresa.

En el nivel macro se negocian grandes convenios colectivos dejándose para el nivel micro la celebración de convenios específicos.

Tratándose de negociaciones colectivas articuladas debe definirse con precisión las materias que serán objeto de negociación en cada uno de los niveles, aplicándose la más favorable en caso de que exista conflicto entre convenciones, confrontadas en su integridad (tercer párrafo del artículo 45.° del TUOLRCT).

d. Concurrencia de convenios colectivos

Podrán negociarse a nivel de empresa aquellas materias que no hayan sido objeto de negociación por convenciones colectivas de nivel superior. Estas negociaciones tendrán carácter reglamentario o regularán aspectos propios y exclusivos de las relaciones de trabajo de la empresa (último párrafo del artículo 45.° del TUOLRCT).

12. CAPACIDAD NEGOCIAL

Es aquella facultad que gozan las partes para participar en un procedimiento de negociación, se encuentra vinculada a la representatividad colectiva, pues, en virtud de aquella una organización sindical buscará llegar a un consenso con

el empleador u organización representativa de empleadores sobre incrementos remunerativos, condiciones de trabajo, entre otros beneficios a favor de los trabajadores.

Según MARTÍN y otros (2008):

> "[...] para intervenir como sujeto en la negociación colectiva se requiere ante todo capacidad de obrar colectiva. Los trabajadores individualmente considerados carecen de esta capacidad que solo es concebible del lado laboral respecto de representaciones colectivas o de grupo" (p. 350).

12.1. La representación de los trabajadores

El artículo 47.° del TUOLRCT precisa quienes tienen capacidad para negociar en los distintos niveles de la negociación colectiva. Tal es así que tratándose de negociaciones colectivas a nivel de empresa son los sindicatos los que tienen la capacidad para negociar en representación de los trabajadores, y en caso de que no exista organización sindical, gozarán de capacidad negocial los representantes de los trabajadores, elegidos expresamente por la mayoría de aquellos. De donde se desprende que no resulta imperiosa la necesidad de constituir un sindicato para poder negociar colectivamente, pues, basta que en consenso la mayoría de trabajadores elijan a sus representantes, quienes tendrán plena capacidad para negociar colectivamente con el empleador (literal a del artículo 47.° del TUOLRCT).

En concordancia con los artículos 9.° y 47.° del TUOLRCT en el procedimiento de negociación colectiva la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, excepto los que ocupen cargos de dirección o de confianza, es ejercida por la organización sindical que agrupe a la mayoría absoluta de la totalidad de trabajadores del ámbito respectivo; debiendo entenderse por tal, los niveles de empresa, o los de una determinada categoría, sección o establecimiento de aquella; y los de actividad, gremio y oficios varios. En aquellos casos en los cuales existan varias organizaciones sindicales de un mismo ámbito y ninguna afilie a la mayoría absoluta de trabajadores, la representación se limitará a sus afiliados. Sin embargo, aquellas organizaciones sindicales que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán ejercer de

forma conjunta la representación de tales trabajadores, siempre que se pongan de acuerdo en la forma en que ejercerán dicha representación; de lo contrario, cada uno de los sindicatos representará a sus afiliados (artículo 34.° del Reglamento).

Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) ha establecido como doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento lo siguiente:

> "**Vigésimo Segundo: Sobre los alcances de un convenio colectivo celebrado por una organización sindical minoritaria.**
> Lo discernido anteladamente permite concluir que cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores no puede extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados del mismo, pues, permitirlo desalentaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a una organización sindical, pues de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato".

Si luego de presentado el pliego de reclamos por la mayoría absoluta de los trabajadores se registrara una organización sindical en el centro de trabajo, el procedimiento de negociación colectiva continuará con la Comisión designada hasta su finalización (artículo 31.° del Reglamento).

Tratándose de negociaciones colectivas por rama de actividad o gremio tendrán capacidad negocial la organización sindical o conjunto de ellas de la rama o gremio correspondiente (literal b del artículo 47.° del TUOLRCT).

Las comisiones negociadoras estarán conformadas por no menos de 03 ni más de 12 miembros. El número exacto se determinará en función del ámbito de aplicación de la convención y en proporción al número de trabajadores comprendidos (último párrafo del artículo 47.° del TUOLRCT).

En los casos que la negociación colectiva se realice en empresas donde no se haya constituido una organización sindical, la comisión negociadora deberá incluir a los dos delegados elegidos expresamente por los trabajadores.

Si durante el procedimiento de negociación colectiva la Autoridad Administrativa de Trabajo cancelara el registro sindical por pérdida de los requisitos constitutivos o los establecidos para la subsistencia de la organización sindical, o se disuelve por acuerdo de sus miembros adoptado en Asamblea General o por decisión del Poder Judicial, la mayoría absoluta de los trabajadores podrán acordar la continuación de la negociación, designando para ello tres (03) delegados que los representen (artículo 32.° del Reglamento).

Si en el trascurso de la negociación un sindicato es fusionado o absorbido, la organización vigente que los agrupe podrá proseguir con la negociación iniciada a través de la Comisión correspondiente que se designe en la asamblea (artículo 33° del Reglamento).

Sobre la representatividad de los trabajadores el CLS (2018) ha señalado que "las organizaciones de trabajadores deben poder escoger por si mismas a los delegados que van a representarlas en las negociaciones colectivas, sin injerencia de las autoridades públicas" (p. 265).

12.2. La representación de los empleadores

El artículo 48.° del TUOLRCT establece las reglas a las que se sujeta la representación de los empleadores dentro de la negociación colectiva.

Tratándose de convenciones colectivas a nivel de empresa, la representación la tiene el propio empresario o las personas que este designe, pues, a diferencia de lo que ocurre con la representación de los trabajadores la cual es ejercida exclusivamente por la organización sindical, la representación del empleador sí es delegable (literal a del artículo 48.° del TUOLRCT).

La representación del empleador, tratándose de personas naturales, puede ser ejercida por él, por sus mandatarios legales designados en sus escrituras de constitución si fueran personas jurídicas, por apoderados designados en cualquiera de las formas admitidas para el otorgamiento de poderes, incluido el que pueda formalizarse ante la Autoridad de Trabajo; y por el Jefe de la Oficina de Relaciones Industriales, al que se refiere la Ley N.° 14371 (artículo 37.° del Reglamento).

En el caso de convenciones por rama de actividad o de gremio, la representación de los empleadores debe recaer en la organización que representa a los empleadores que realizan la respectiva actividad económica, y en caso no exista, por los representantes de los empleadores comprendidos.

Por otra parte debemos precisar que el número de representantes de los empleadores no podrá ser superior al número de representantes de los trabajadores, pues, ello debido a que la negociación colectiva se desenvuelve dentro de un ambiente de igualdad entre ambas partes, donde ambas negocian al mismo nivel.

De acuerdo con el artículo 37.° del Reglamento, la representación de los empleadores será ejercida en la forma siguiente:

a) Por el propio empleador;
b) Por los mandatarios legales designados en sus Escrituras de Constitución, si fueran personas jurídicas;
c) Por apoderados designados en cualquiera de las formas admitidas para el otorgamiento de poderes, incluido el que pueda formalizarse ante la Autoridad de Trabajo; y,
d) Por el Jefe de la Oficina de Relaciones Industriales, a que se refiere el Decreto Ley N.° 14371.

13. INTERVENCIÓN DE ASESORES

Las partes pueden contar con el asesoramiento de abogados u otros profesionales colegiados, tal como sería el caso de contadores o economistas. Asimismo, está autorizado que la representación de los trabajadores pueda ser asesorada por dirigentes de organizaciones sindicales de grado superior; esto es, federaciones o confederaciones a la que pertenece el sindicato (artículo 50.° del TUOLRCT).

Sin embargo, la intervención de los asesores se limitará al campo profesional; es decir, que se circunscribirá a dar aportes relacionados con su actividad profesional; por lo que bajo ninguna circunstancia pueden sustituir a las partes en la negociación ni en la toma de decisiones.

14. INICIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva inicia con la presentación del pliego de peticiones o pliego de reclamos, como se le conoce en el lenguaje sindical.

El pliego constituye el documento fundamental de la negociación colectiva, pues, en él se establecen los puntos peticionados sobre los que girará la discusión

por las partes, sea para su solución en forma directa o por la vía arbitral, e incluso excepcionalmente por el Poder Ejecutivo.

Por lo general el contenido del pliego de reclamos está referido a remuneraciones y a condiciones de trabajo.

El rubro remuneraciones comprende el incremento de sueldos y salarios, el reajuste de los mismos, las bonificaciones, las asignaciones y en general todos los ingresos en dinero o en especie que deba percibir el trabajador.

El rubro de condiciones de trabajo por su parte se encuentra referido a la jornada de trabajo, condiciones en las que desarrollan las labores, vestuario, vivienda y otros elementos necesarios para que el trabajador pueda desarrollar su actividad laboral en la empresa.

Según el artículo 2.° del Convenio N.° 154, sobre la negociación colectiva (1981) de la Organización Internacional del Trabajo, la expresión negociación colectiva:

> "[...] comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:
>
> a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
> b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
> c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

La Recomendación N.° 91, sobre los contratos colectivos (1951), nos ofrece la definición siguiente:

> "1) A los efectos de la presente Recomendación, la expresión *contrato colectivo* comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de

los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional".

Por su parte, el Tribunal Constitucional (2012) al referirse al derecho constitucional a la negociación colectiva ha establecido lo siguiente:

«8. Por otra parte, en la Recomendación 91 la OIT define el contrato colectivo como "todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores (...)" (fundamentos 8).

El artículo 51.° del TUOLRCT establece la estructura que debe contener el pliego de reclamos en los términos siguientes:

"**Artículo 51.-** La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego que debe contener un proyecto de convención colectiva, con lo siguiente:

a) Denominación y número de registro del o de los sindicatos que lo suscriben, y domicilio único que señalen para efectos de las notificaciones.

De no existir sindicato, las indicaciones que permitan identificar a la coalición de trabajadores que lo presenta.

b) La nómina de los integrantes de la comisión negociadora con los requisitos establecidos por el artículo 49.

c) Nombre o denominación social y domicilio de cada una de las empresas u organizaciones de empleadores comprendidas.

d) Las peticiones que se formulan sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad y demás que se planteen, las que deberán tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención.

e) Firma de los dirigentes sindicales designados para tal fin por la asamblea, o de los representantes acreditados, de no haber sindicato».

BOZA y otros (1994) comentando este artículo nos dicen lo siguiente:

"Según este artículo la iniciativa para promover una negociación colectiva corresponde a los trabajadores y no a ambos sujetos laborales. La parte empresarial sólo podría plantear contrapropuestas a las peticiones de los trabajadores y proponer la modificación de las cláusulas establecidas en convenios anteriores (art. 57 de la LRCT). Sin embargo, esta afirmación puede ser relativa si consideramos, dentro de un concepto amplio de negociación colectiva, que en determinadas circunstancias es al empleador a quien corresponde tomar la iniciativa negocial.

El artículo exige una serie de requisitos (contenido mínimo) que necesariamente deben constar en el pliego de peticiones. La presencia de estos datos obedece a la necesidad de identificar al sujeto negociante de la parte laboral, determinar si se encuentra legitimado para negociar en la unidad de negociación propuesta y conocer las concretas peticiones que formulen los trabajadores que centrarán el curso de los debates futuros.

La norma no exige que se adjunte ningún documento que acredite de la representatividad de los trabajadores, tan sólo que conste por escrito las facultades que poseen para negociar colectivamente (art. 49 LRCT).

Por otro lado, que las peticiones o materias objeto de negociación deban tener "forma de cláusula" e integrarse dentro de un solo "proyecto de convención" (después de todo el pliego petitorio es, en efecto, una propuesta de norma convencional), no significa que en el transcurso de la negociación no se puedan plantear otros temas que, producto de la mecánica negocial resulten sustitutorios, complementarios o suplementarios de los inicialmente propuestos" (p. 119).

15. PRESENTACIÓN DEL PLIEGO DE RECLAMOS

El pliego de reclamos debe ser presentado no antes de sesenta (60) ni después de treinta (30) días calendarios anteriores a la caducidad de la convención colectiva vigente. En caso que sea presentado de manera posterior al plazo, la vigencia de

la convención colectiva será postergada en un número proporcional a los días de retraso (artículo 52.° del TUOLRCT).

El plazo conferido para la presentación del pliego de reclamos encuentra razón en el hecho de facilitar que las partes puedan discutir las peticiones contenidas en él con la debida anticipación al vencimiento de la convención anterior, de tal forma que cuando esta caduque el nuevo pliego pueda entrar en vigencia de inmediato.

16. RECEPCIÓN DEL PLIEGO DE RECLAMOS

El pliego de reclamos se presenta de manera directa a la empresa, cursando una copia para la Autoridad Administrativa de Trabajo (primer párrafo del artículo 53.° del TUOLRCT). Sin embargo, existen casos en los cuales el empleador con la finalidad de evitar el comienzo de la negociación se niega a recibir el pliego; por lo que ante esta situación su entrega se efectuará a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para lo cual se tomará como fecha de presentación la de ingreso a mesa de partes (segundo párrafo del artículo 53.° del TUOLRCT).

En los casos de las negociaciones por rama de actividad o gremio, la entrega del pliego de reclamos siempre se efectuará a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo (tercer párrafo del artículo 53.° del TUOLRCT).

La recepción del pliego de reclamos es obligatoria salvo que medie causa legal o convencional para no hacerlo, las cuales deben ser demostrables objetivamente, conforme lo dispuesto en el artículo 54.° del referido cuerpo normativo. Dentro de las causas legales podemos considerar el que la empresa no haya cumplido aún un año de funcionamiento, y dentro de las causas convencionales, que el pliego haya sido presentado antes de los sesenta días previos al vencimiento del convenio colectivo anterior.

17. INFORMACIÓN PARA LA NEGOCIACIÓN

El empleador tiene la obligación de brindar información a la representación de los trabajadores sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa; sin embargo, dicha obligación tiene un límite, el cual se encuentra supeditado a que la información requerida no le cause perjuicio de ningún tipo.

El artículo 55 del TUOLRCT, ha establecido la obligación del empleador de proporcionar a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la situación económica, financiera ,social y demás pertinente de la empresa , en la mediada que la entrega de dicha información no sea perjudicial para esta.

La información que ha de proporcionarse será determinada de común acuerdo entre las partes. De no haber acuerdo, la Autoridad Administrativa de Trabajo precisará la información básica que deba ser facilitada par el mejor resultado de las negociaciones.

Los trabajadores ,sus representantes y asesores deberán guardar reserva absoluta sobre la información recibida ,bajo apercibimiento de suspensión del derecho de información ,sin perjuicio de las medidas disciplinarias y acciones legales a que hubiere lugar.

El artículo 38 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, sobre la entrega de información económica, financiera y laboral , ha precisado lo siguiente:

> "A petición de la organización sindical o, en su defecto de los representantes de los trabajadores, la parte empleadora deberá proporcionar la información necesaria relacionada con el ámbito negocial a que se refiere el artículo 55 de la Ley.
>
> Los trabajadores podrán solicitar dicha información con noventa (90) días naturales de anticipación a la fecha de término de la convención colectiva vigente, y el empleador deberá entregarla dentro de los treinta (30) días naturales de anticipación a la fecha de término de la convención colectiva vigente, y el empleador deberá entregarla dentro de los treinta (30) días naturales de solicitada.
>
> La información mínima a ser entregada por las empresas comprendidas en la negociación colectiva, debe referirse por lo menos a los tres últimos ejercicios económicos concluidos y al periodo preliminar de los meses concluidos del presente ejercicio, de ser el caso, y debe incluir:
>
> a) Estado de Situación Financiera (Balance General), Estado de Resultados (Estado de Ganancias y Pérdidas),Estado de Flujo de efectivo y Estado de cambios de en el patrimonio neto.

b) Las boletas de pago de remuneraciones de los trabajadores del ámbito negocial correspondiente a los últimos seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de información.
c) Informe auditado de los Estados Financieros o Memoria Anual más reciente , si lo hubiera .
d) Cuadro de categorías y funciones vigente.
e) Escala salarial y política salarial vigentes, si lo hubiera .
f) Relación de beneficiarios económicos y condiciones de trabajo otorgados por mandato legal , convenio colectivo o costumbre de la empresa, vigentes.

Ante el incumplimiento de entrega de información por parte de los empleadores ,los trabajadores o la organización sindical la solicitaran a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por convenio colectivo se podrán establecer reglas sobre la oportunidad y el contenido de la información .Los representantes de los trabajadores , la organización sindical y asesores solo pueden utilizar dicha información para efectos de la negociación colectiva , encontrándose obligados a guardar reserva absoluta sobre su contenido".

Sobre la información básica a entregar por el empleador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2013) ha precisado lo siguiente:

> "[...] consideramos que en circunstancias normales, la información básica que corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo determinar, en aplicación del artículo 55 de la LRCT, debiera ser la actual y necesaria, esto es, aquella que sea suficiente para que la negociación colectiva se lleve a cabo bajo parámetros reales, contribuyendo a que las partes puedan resolver el conflicto colectivo. Desde luego, en ningún caso, la entrega de la información solicitada por la Autoridad Administrativa de Trabajo debe representar un perjuicio al empleador, lo que deberá ser alegado y acreditado por éste" (último párrafo del numeral 3).

Creemos que el trabajador que difunde o entrega a terceros información reservada a la que ha tenido acceso durante el procedimiento de negociación

colectiva incurre en falta grave causal de despido prevista en el inciso d) del artículo 25.° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, pudiendo además el empleador exigir el pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

18. EVALUACIÓN ECONÓMICA DEL PLIEGO DE RECLAMOS

Durante el desarrollo del procedimiento de negociación colectiva el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a solicitud de una de las partes o de oficio, puede efectuar una valorización del pliego de reclamos presentado por los trabajadores, examinando la situación económico financiera de la empresa y la posibilidad que tiene de atender las peticiones formuladas, tomando como parámetros los niveles existentes en empresas similares, que realicen la misma actividad económica o en la región así como los hechos y circunstancias implícitos en la negociación (artículo 56.° del TUOLRCT).

De acuerdo con el numeral 7) del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Resolución Ministerial N.° 107-2017-TR del 09 de junio de 2017, el empleador, los trabajadores o el Tribunal Arbitral cuando sea pertinente, podrán solicitar a la dependencia correspondiente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la emisión de un dictamen acompañando copia del proyecto de convención colectiva y/o propuesta final de las partes de ser el caso, que sustente el derecho del peticionante a la valorización del dictamen.

El artículo 56.° del TUOLRCT no prevé en qué etapa de la negociación colectiva se realizará la valorización del pliego, por lo creemos que podría producirse en cualquiera de ellas. Sin embargo, resulta pertinente precisar que la opinión formulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo no pretende otorgar a las partes una solución sobre los puntos discutidos en la negociación, sino únicamente se trata de una opinión sobre la posibilidad económica del empleador de atender el pliego en los términos como ha sido presentado. Dicha opinión debidamente motivada deberá ser emitida en base a la documentación que el empleador presente y a las investigaciones que se practiquen al respecto; además, deberá ser puesto en conocimiento de las partes a efectos que puedan formular las observaciones que consideren pertinentes dentro del tercer día hábil siguiente

a la notificación del dictamen, las cuales deben estar debidamente sustentadas y acompañadas de los instrumentales que las respalden.

Una vez recibida la observación al dictamen, la Autoridad Administrativa de Trabajo dispondrá la elaboración de un segundo y último dictamen, en el que se rectifique el dictamen anterior, referido concretamente a las observaciones de las partes (artículo 39.° del Reglamento).

No obstante que es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la entidad encargada de realizar la valorización del pliego; sin embargo, también pueden participar en calidad de asesores el Ministerio de Economía y Finanzas y la Superintendencia del Mercado de Valores en los casos que la importancia lo amerite.

Para la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinar la situación económica, financiera y laboral de las empresas en el procedimiento de negociación colectiva se utilizarán los formatos establecidos por la Resolución Ministerial N.° 046-2007-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de febrero de 2007.

19. DURACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN

La normatividad vigente no establece un plazo de duración para el desarrollo de la negociación colectiva, dejándolo a discreción de las partes para que puedan negociar libremente y se reúnan las veces que consideren necesarias para llegar a un acuerdo respecto de las peticiones estipuladas en el pliego. Sin embargo, precisa que el procedimiento de negociación se iniciará dentro de los diez (10) días posteriores a la presentación del pliego de reclamos.

Durante el desarrollo de la negociación el empleador o empleadores, según sea el caso, puede proponer cláusulas nuevas o sustitutorias de las convenciones anteriores, debiendo la representación sindical aceptar su discusión, pudiendo incluso llegar a ser materia de pronunciamiento arbitral (artículo 57.° del TUOLRCT).

Las cláusulas nuevas o sustitutorias que plantee el empleador o empleadores deberán integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención colectiva (artículo 43.° del Reglamento).

20. ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El procedimiento de negociación colectiva se desarrolla en tres etapas, que a saber son la etapa de trato directo, la conciliación y la huelga o el arbitraje; cada una de las cuales pasaremos a desarrollar en las líneas siguientes.

20.1.Etapa de trato directo

Siendo la negociación colectiva un procedimiento que se desarrolla por la libre voluntad de las partes de negociar, esta se inicia con la etapa de trato directo la cual comienza a los diez (10) días calendarios de presentado el pliego de reclamos, en esta etapa ambas partes buscarán dar solución a las peticiones contenidas en el petitorio, suscribiendo acuerdos parciales los cuales deberán constar en actas, o el convenio colectivo, en el caso de arribar a un consenso sobre la totalidad de los puntos materia de negociación.

Es en esta etapa que la organización sindical requerirá al empleador la información sobre el estado económico, financiero y social de la empresa con el fin de facilitar la negociación. Se debe dejar en claro que la información a entregarse se determinará mediante un común acuerdo entre las partes, y en su defecto, será la Autoridad Administrativa de Trabajo la encargada de determinar cuál será la información básica que el empleador brindará a la representación de los trabajadores.

La legislación no determina cuál es el plazo de duración de esta etapa, por lo que se desenvolverá en tantas reuniones como resulten necesarias a efectos que las partes puedan arribar a un acuerdo parcial o total sobre las peticiones formuladas en el pliego de reclamos, pues, de no ser así, pueden dar por terminada esta etapa y comunicar a la Autoridad Administrativa de Trabajo solicitando que inicie la etapa de conciliación.

20.2. Etapa de conciliación

Sobre la conciliación existen diversas maneras de definirla. Por lo cual presentaremos algunas efectuadas por la doctrina, para luego proponer la nuestra.

CERÓN y PIZARRO (2007) definen la conciliación como:

> "[...] el sistema por medio del cual el Estado propone fórmulas de arreglo del conflicto, que pueden ser aceptadas o rechazadas por las

partes. Eventualmente se podrá llegar a un acuerdo si voluntariamente este es aceptado por ambas partes y aprobado por el conciliador. (...) Este mecanismo de auto composición, donde nadie suple a las partes en la toma de sus decisiones, fomenta la tolerancia y se presenta una real inmediación" (p. 52).

Por su parte, MONTERO AROCA (1996) define la conciliación como:

"[...] una actividad que puede definirse como la comparecencia obligatoria (o facultativa) de las partes ante una autoridad designada por el Estado, o ante un órgano constituido según las reglas dictadas por aquél, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que los separa. Se trata, pues, de un sistema de autocomposición por el que son las mismas partes las que intentan poner fin al conflicto, aunque sea en presencia de un tercero ajeno al mismo" (p. 108).

Por nuestra parte, consideramos que la conciliación puede definirse como aquella forma autónoma de solución de conflictos mediante la cual las partes recurren a un tercero ajeno al conflicto, quien no toma partido en las negociación sino que actúa como un facilitador, aplicando los principios de flexibilidad y simplicidad, busca que ambas partes moderen sus posiciones, mantengan el diálogo y puedan llegar a una solución pacífica de su controversia.

Una vez frustrada la negociación directa entre las partes, estas pueden pasar a la etapa de conciliación con el fin de poder alcanzar una solución satisfactoria para ambas; para lo cual deberán informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo su decisión de dar por iniciada esta etapa.

La etapa de conciliación también puede ser iniciada de oficio por la Autoridad Administrativa de Trabajo cuando lo considere necesario o conveniente, dadas las características del caso (segundo párrafo del artículo 58.° del TUOLRCT).

El Tribunal Constitucional (2005) respecto a la conciliación en la negociación colectiva ha expresado lo siguiente:

"36. La conciliación se define como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí. La

conciliación laboral en el ámbito privado se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, por la existencia de una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de ese contexto, solicitan el impulso de dicho procedimiento.

Más aún, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.

Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral –acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus "buenos oficios" induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos; vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.

Las principales características de la labor conciliadora son:

- Flexibilidad: Se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
- Rapidez: Se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto.
- Reserva: Se promueve con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: Se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

El conciliador –que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

> En puridad, el conciliador interpone sus "buenos oficios" a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto" (fundamento 36).

En principio la función conciliadora se encuentra a cargo de funcionarios especializados del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que constituyen un cuerpo técnico calificado integrado en función a las necesidades del servicio por especialistas de diversas áreas, nombrados o contratados de dicho Sector. No obstante lo antes indicado, las partes de común acuerdo pueden encomendar esta labor a personas privadas, sean estas individuales o jurídicas, remitiendo siempre copia a la Autoridad Administrativa de Trabajo de las actas que se levanten (artículo 44.° del Reglamento).

Cualquiera que sea el conciliador el procedimiento debe desarrollarse de una manera flexible y simple dejando de lado formalidades innecesarias, correspondiendo al conciliador buscar que las partes autónomamente solucionen su conflicto para lo cual realizarán tantas reuniones como sean necesarias.

20.3. La mediación

La mediación es un medio autónomo de solución de conflictos de trabajo en virtud del cual ambas partes, trabajador y empleador, comparecen ante un órgano designado por acuerdo entre ambos o instituido oficialmente, el cual a diferencia de lo que ocurre en la conciliación mantiene un rol activo realizando propuestas para la solución de la controversia las cuales pueden ser acogidas o no por las partes. En la mediación las partes mantienen en todo momento su autonomía respecto a la solución del conflicto, pues, ningún tercero puede imponer decisión alguna.

MARTÍN VALVERDE (2002) define la mediación en los términos siguientes:

> «En la mediación, el tercero (mediador) cuenta con mayores posibilidades de intervención, con facultades para recabar la opinión de las partes, terciar en sus controversias, ofrecer salidas y proponer soluciones, que no serían vinculantes. De ahí que la mediación a veces se califique como «negociación asistida», y de ahí también que constituya un medio de solución de controversias muy frecuente en los

procesos de negociación colectiva, para despejar posibles obstáculos, facilitar el acercamiento de las partes y contribuir a la continuidad del proceso" (p. 407).

Si las partes así lo autorizan el conciliador puede actuar como mediador, labor para la cual tendrá el plazo que ellas le indiquen o a falta de este uno máximo de diez (10) días hábiles computados desde su designación (primera parte del artículo 42° del Reglamento).

Concluido el plazo antes indicado el mediador deberá convocar a las partes para que cada una presente su última propuesta de convención colectiva, luego de lo cual será él quien presentará su propuesta final de solución (segunda parte del artículo 42° del Reglamento).

Si la propuesta formulada por el mediador no es aceptada por escrito por ambas partes dentro de los tres (03) días hábiles siguientes, dará por terminada su gestión (parte final del artículo 42.° del Reglamento).

Debemos precisar que las partes mantienen en todo momento la facultad de reunirse y acordar sobre lo que consideren conveniente, sea de mutuo acuerdo o por indicación de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Asimismo, podrán recurrir a cualquier medio alternativo de solución de conflictos para poner fin a las discrepancias existentes. De ser así, se tendrá por frustrada esta etapa quedando facultada la organización sindical para optar por recurrir al arbitraje o iniciar la huelga.

En caso que los trabajadores hubieren decidido iniciar la huelga, durante su desarrollo la persona que actúe como mediador será designado de común acuerdo entre las partes conforme a lo previsto por el artículo 62° del TUOLRCT; sin embargo, de no existir consenso entre ambas será la Autoridad Administrativa de Trabajo la encargada de designar a cualquier funcionario especializado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (artículo 45° del Reglamento).

20.4. Etapa de arbitraje

El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos que, si bien en materia laboral es de antigua data en el Perú, había caído en desuso hasta inicios de la década de los noventa en que recobró vigencia a partir de la promulgación

del Decreto Ley N.° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de julio de 1992.

20.4.1. Definición

El Tribunal Constitucional (2005) nos da la definición que transcribimos a continuación:

> "38. El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje" (fundamento 38).

Por nuestra parte, consideramos que el arbitraje puede definirse como un medio alternativo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes encomiendan la solución de sus controversias a terceros particulares para que mediante una decisión llamada laudo, que tiene efectos similares a una sentencia judicial, pongan fin al conflicto existente entre ellas.

20.4.2.El arbitraje como función jurisdiccional

El Tribunal Constitucional (2011), de conformidad con el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, ha reconocido el arbitraje como una jurisdicción independiente del Poder Judicial, que debe explicarse "[...] no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición" (fundamento 22).

La utilización de la jurisdicción arbitral resulta ser una alternativa válida para la solución de los conflictos laborales, pues, son las partes las que seleccionan a los árbitros que consideran idóneos e imparciales para definir sus controversias, los cuales tienen la obligación de respetar el debido proceso, ya que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional (2005) "[...] la naturaleza independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional.

En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el debido proceso" (fundamento 9).

Según el Tribunal Constitucional (2010), la jurisdicción arbitral no está excluida de cumplir con el deber de respetar "[...] los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo interprete de la Constitución" (fundamento 16).

20.4.3. Naturaleza jurídica del arbitraje

Es una modalidad de jurisdicción autorizada por el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú que forma parte del orden público y, como tal, lo que decidan los árbitros es equivalente a una decisión judicial, por lo que la misma se debe fundamentar en nuestra Carta Magna, así como respetar, tanto los tratados suscritos por el Perú, como el ordenamiento jurídico nacional.

20.4.4. Principios del arbitraje laboral

Los principios según el artículo 64.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo son: oralidad, sencillez, celeridad, inmediación y lealtad. Además, debe tenerse en consideración el de impulso de oficio, agregado por el artículo 65.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR.

A continuación, desarrollaremos brevemente cada uno de los principios a los que se ha hecho referencia.

a) Principio de oralidad

En los procesos arbitrales de trabajo; se debe preferir lo expresado oralmente sobre lo mencionado por escrito, salvo algunos actos procesales fundamentales que deban ser necesariamente plasmados por escrito, tal como es el caso de las propuestas formales de las partes, el dictamen económico, el laudo arbitral, y todos los que deban constar en actas.

b) Principio de sencillez

Implica abreviar trámites y reducir los formalismos que dificultan la solución de las controversias, sin que ello signifique favorecer el desorden procesal ni omitir ciertas formalidades que siempre deberán estar presentes para garantizar la objetividad e imparcialidad de los árbitros.

c) Principio de celeridad

Este principio busca que la tramitación del proceso arbitral se efectúe en el menor tiempo posible, debiendo los árbitros cumplir los plazos previstos en la ley y laudar dentro del plazo convenido o el que establezca la norma jurídica.

d) Principio de inmediación

La inmediación permite al árbitro entrar en contacto directo con las partes y oírlas con la finalidad de tener un conocimiento cabal de los hechos materia de discusión sobre los que deberá pronunciarse; lo que le permitirá laudar con acierto basado en la realidad.

e) Principio de lealtad

La lealtad busca que todos los partícipes del proceso arbitral colaboren con los árbitros y no entorpezcan la labor de los mismos con articulaciones y recursos que busquen dilatar o distorsionar el laudo a emitirse.

f) Principio de impulso de oficio

Establecido por el último párrafo del artículo 55.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, considera que, si bien el proceso arbitral solo puede iniciarse o impulsarse de parte, una vez iniciado corresponde al árbitro o Tribunal Arbitral proceder a tramitarlo de oficio, observando los principios de oralidad, sencillez, inmediación y lealtad antes comentados.

20.4.5. Características del arbitraje

Respecto a las características del arbitraje laboral, el Tribunal Constitucional (2005) ha señalado que son las siguientes:

"- Autonomía: Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.

- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje" (fundamento 38).

Somos de la opinión que las características citadas son válidas tanto para el arbitraje jurídico como económico.

20.4.6.Clasificación del arbitraje

El arbitraje laboral admite las clasificaciones siguientes:

a) Por sus características

Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional (2009), podemos clasificar el arbitraje en voluntario, potestativo y obligatorio.

a.1) Arbitraje voluntario

Llamado también facultativo o convencional, es aquel en el cual las partes acuerdan libremente la forma de solucionar el conflicto, para lo cual suscriben un compromiso arbitral.

a.2) Arbitraje potestativo

Denominado también "unilateral", es aquel en el que la voluntad de los trabajadores determina que el conflicto se someta a arbitraje, obligando al empleador.

a.3) Arbitraje obligatorio

Es aquel que lo impone el Estado para dar fin a un conflicto de trabajo, sobre todo cuando está relacionado con servicios públicos esenciales.

b) Por su forma de resolver de los árbitros

De acuerdo con este criterio, el arbitraje puede ser de conciencia o de derecho.

Será de conciencia cuando el árbitro o Tribunal Arbitral resuelvan conforme a su real saber y entender, sin que esta libertad los pueda autorizar a resolver en contra de las disposiciones legales de orden público y, mucho menos, atentar contra derechos laborales de origen legal.

El arbitraje de derecho es aquel en que el árbitro o Tribunal Arbitral resuelven con arreglo a las disposiciones legales vigentes, en estos casos, por lo general, los árbitros son abogados.

c) Por el número de árbitros

El arbitraje podrá ser unipersonal cuando se encarga a una sola persona la solución de la controversia. Esta forma de arbitraje es menos costosa y las decisiones se adoptan con mayor rapidez.

La principal desventaja del arbitraje individual en los conflictos colectivos de trabajo radica en la dificultad que afrontan las partes para ponerse de acuerdo en la designación de un árbitro único.

El arbitraje será colegiado cuando se encarga resolver el conflicto a un Tribunal Arbitral que por lo general es de tres miembros. En este caso cada parte designa un árbitro y el tercero es designado por los otros dos actuando como presidente.

En los casos que los árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro, dicha facultad recae sobre la Autoridad competente.

20.4.7. Control difuso y arbitraje

Siendo el arbitraje una forma de jurisdicción independiente reconocida por la Constitución, el Tribunal Constitucional (2011) ha expresado que no puede hacerse una interpretación restrictiva que limite solo a la jurisdicción ordinaria o constitucional la atribución de control difuso de constitucionalidad, sino que la jurisdicción arbitral también tiene la obligación de preferir la norma constitucional sobre una norma legal cuando exista incompatibilidad entre ambas (fundamentos 2ª al 26).

20.4.8. Determinación de su competencia por los propios árbitros

El Tribunal Constitucional (2005) ha señalado que la jurisdicción arbitral se encuentra protegida por el principio de "no interferencia", no pudiendo ninguna autoridad administrativa o judicial avocarse al conocimiento de causas sometida a arbitraje.

En consecuencia, el fuero arbitral tiene plena independencia para decidir si es competente en determinada causa (fundamentos 12 a 14).

20.4.9.El laudo arbitral

Es la decisión final que emiten los árbitros poniendo fin a la controversia que se ha sometido a su conocimiento, la misma que tiene fuerza ejecutiva una vez que haya quedado consentida o se hayan agotado los recursos que se puedan interponer contra la misma.

En cuanto al contenido del laudo arbitral que resuelve conflictos económicos de trabajo, en la doctrina se admite que este puede adecuarse a cualquiera de las siguientes modalidades: libre decisión, elección por última oferta, elección atenuada y arbitraje mediación.

20.4.9.1. Laudo por libre elección

Conocido también como laudo histórico o tradicional, en este caso los árbitros emiten su decisión de acuerdo a su conciencia, actuando discrecionalmente, pero, tomando como limitación las normas laborales de orden público que confieren a los trabajadores derechos; por lo que mediante el laudo no se pueden disminuir los derechos de los trabajadores.

20.4.9.2. Laudo por elección de última oferta

En este caso los árbitros eligen una de las propuestas finales de las partes tal como han sido presentadas. Los árbitros no pueden variarlas ni combinarlas. El objetivo de esta forma de regulación es obligar a las partes a negociar con seriedad evitando propuestas absurdas o inaceptables.

20.4.9.3. Laudo por elección atenuada

En este caso los árbitros deciden por una de las propuestas finales de las partes, pero pueden modificarla para hacerla razonable; es decir, la dosifican o como señala la ley peruana la "atenúan".

20.4.9.4. Laudo de arbitraje mediación

En este método el árbitro busca facilitar un acuerdo entre las partes para una solución consensuada del conflicto, a través de reuniones u otras medidas conciliatorias. Pero si no logra un acuerdo, procede a dictar su laudo.

Los árbitros al emitir su laudo no gozan de facultades omnímodas, sino que se encuentran sujetos a las limitaciones que el TUOLRCT y sus normas complementarias y reglamentarias les imponen.

El artículo 65° del TUOLRCT considera que la forma como deberán decidir los árbitros la solución del conflicto económico de trabajo es el laudo arbitral por elección atenuada; en consecuencia, dicha decisión debe tener las características siguientes:

- No podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra;
- Recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas, se opta por el modelo de laudo por elección atenuada.
- La decisión deberá tener presente las conclusiones del dictamen que emita la Autoridad Administrativa de Trabajo, conforme al artículo 56° del TUOLRCT.

De acuerdo con el artículo 57° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, el laudo del árbitro o del Tribunal Arbitral en su caso, deberán recoger en su integridad la propuesta final de una de las partes, no pudiendo establecer una solución distinta de las propuestas por aquellas, ni combinar los planteamientos de una y otra, pero cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida por considerarlo extremo, en concordancia con el artículo 65° de la Ley, el árbitro o el tribunal deberá precisar en el laudo en qué consiste la modificación o modificaciones y las razones que se ha tenido para adoptarla.

La regla de integralidad señalada anteriormente no será aplicable en el arbitraje potestativo cuando solo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal Arbitral establecer una solución final distinta.

Para emitir laudo se tendrá presentes las conclusiones del dictamen económico emitido por la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 65.° del TUOLRCT).

Debemos resaltar que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015) ha establecido que es nulo el laudo arbitral emitido sin tener en cuenta el respectivo informe económico expedido por la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme al artículo 57° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR (fundamento sétimo).

El laudo ordenará el pago de las costas y honorarios que corresponda al árbitro o a los miembros del Tribunal Arbitral en su caso, en los términos fijados en el compromiso arbitral (Decreto Supremo N° 011-92-TR, Art. 57°).

20.4.9.5. Comunicación del Laudo Arbitral

De conformidad con el artículo 56.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, dentro de los cinco (05) días hábiles de concluida la etapa probatoria, el árbitro o Tribunal Arbitral según sea el caso, convocarán a las partes a fin de darles a conocer el laudo que pone fin al procedimiento arbitral, levantándose el acta de esta diligencia.

20.4.9.6. Efectos del laudo arbitral

Los acuerdos adoptados en conciliación o mediación, los laudos arbitrales y las resoluciones de la Autoridad de Trabajo tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa (TUOLRCT, artículo 70°).

Además, de una manera genérica respecto del proceso de negociación colectiva, los laudos arbitrales producen los efectos siguientes:

a) La emisión del laudo arbitral da por concluido el conflicto colectivo de trabajo; pues, con lo que se decida queda solucionada la negociación colectiva, aun cuando dicha decisión no satisfaga las expectativas de las partes.
b) Lo que resuelva el laudo arbitral pasa a ser de obligatorio cumplimiento para las partes, salvo el caso que por decisión judicial sea dejado sin efecto; en consecuencia, las partes, sobre todo la sindical, queda habilitada para reclamar su cumplimiento en sede judicial o denunciar su incumplimiento en sede administrativa, con las correspondientes responsabilidades que ello acarrea a la parte patronal.
c) A partir de la emisión del laudo arbitral empieza a correr su plazo de vigencia, que por lo general es de un año, salvo que las partes hubiesen propuesto a los árbitros una duración distinta durante el trámite arbitral o que el texto del laudo disponga cosa diferente.
d) Con la emisión del laudo se corta la posibilidad de la parte sindical de declararse en huelga, pues, al haberse resuelto el conflicto colectivo de

trabajo ya no existe razón para utilizar esta medida de fuerza, cuya finalidad durante la negociación colectiva era llevar al empleador a dar solución a los reclamos de los trabajadores.

20.4.9.7. Corrección del laudo

El laudo arbitral, por su efectividad similar a una sentencia, no puede ser modificado ni revocado por el árbitro o Tribunal Arbitral que lo emitieron; sin embargo, se pueden efectuar correcciones materiales, numéricas, de cálculo, tipográficas o de naturaleza similar. Esta corrección debe hacerse por escrito dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La corrección formará parte del laudo (artículo 58.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR)

Opinamos que el plazo para solicitar la corrección de un laudo arbitral de carácter económico es el anteriormente señalado, y no el previsto en el artículo 58.° del Decreto Legislativo N.° 1071. El Decreto Supremo N.° 011-92-TR, es la norma especial aplicable a los arbitrajes derivados de una negociación colectiva, y existiendo normas específicas sobre el tema en el Derecho Laboral no se justifica aplicar supletoriamente las normas de otro ordenamiento legal.

20.4.9.8. Causales de nulidad del laudo

De conformidad con el Acuerdo I del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de agosto de 2017, las causales de nulidad de un laudo arbitral que soluciona un conflicto económico de trabajo han sido establecidos de la manera siguiente:

> "**1.3. Acuerdo Plenario**
>
> Las normas aplicables para determinar las causales de nulidad, que se pueden invocar válidamente en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico en materia laboral son los siguientes:
>
> Los artículos 63° a 66° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.
>
> El artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, en concordancia con el artículo 65 de la misma norma y el artículo

57° de su Reglamento, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.
Los literales b y d del inciso 1 del artículo 63° de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071".

Posteriormente, el Colegiado de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) respecto a las causales de nulidad de un laudo arbitral, ha establecido como doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento las causales siguientes:

"a) Cuando el árbitro, tribunal o alguno de sus miembros, están impedidos de participar como tales (artículo 64° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR);
b) Cuando se pronuncie en forma distinta a alguna de las propuestas finales de las partes o combinando planteamientos de una y otra (artículo 65° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR);
c) Cuando se ha expedido bajo presión derivada de modalidades irregulares de huelga o de daños a las personas o las cosas (artículo 69° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR);
d) Cuando se haya emitido sin tener en cuenta el informe de la Autoridad Administrativa de Trabajo (Apelación N° 11673-2015-LIMA de fecha once de diciembre de dos mil quince);
e) Cuando una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de alguna actuación arbitral, o por cualquier motivo no ha podido ejercer sus derechos (literal b), del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071); y
f) Cuando el árbitro o tribunal arbitral resuelve sobre materias no sometidas a su decisión (literal d), del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071)" (fundamento sexto).

20.4.10. Honorarios de los árbitros

A los árbitros les corresponde percibir sus honorarios por los servicios prestados, cuyo monto en principio será fijado de mutuo acuerdo por las partes; sin embargo, de no llegar las partes a un acuerdo, serán fijados conforme al artículo

53.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, sustituido por el artículo 1.° Decreto Supremo N.° 013-2006-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 08 de julio de 2006, esta norma ha establecido la regulación siguiente:

Cantidad de trabajadores	Porcentaje de RMV	Excedencia
Hasta 50 trabajadores	10%	Por cada trabajador
Desde 50 a 200	7.5%	Por cada trabajador que exceda de 50
Desde 200 hasta 300	5%	Por cada trabajador que exceda de 200
Más de 300 trabajadores	2.5%	Por cada trabajador que exceda de 300

El monto de los honorarios de los árbitros no podrá ser mayor a treinta (30) remuneraciones mínimas vitales.

El presidente del Tribunal Arbitral, salvo acuerdo distinto de las partes, percibirá, por lo menos, el 25% más de lo que reciben los demás árbitros del Tribunal.

20.4.11. Arbitraje voluntario

Es aquel en que las partes del conflicto colectivo de trabajo de carácter económico se someten de mutuo acuerdo a la decisión de un árbitro o Tribunal Arbitral.

Las partes durante el procedimiento conservan el derecho de reunirse, por iniciativa propia o de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para tomar los acuerdos que consideren pertinentes para la solución pacífica de la controversia (artículo 60.° del TUOLRCT).

La norma comentada permite que las partes puedan recurrir a la jurisdicción arbitral para poner fin a los conflictos derivados de la negociación colectiva.

Respecto al arbitraje voluntario ,el artículo 47 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR señala lo siguiente:

"En el caso contemplado en el artículo 63 de la Ley ,los trabajadores o sus representantes pueden proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje ,requiriéndose la aceptación voluntaria de este.

Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término de tercero día hábil de recibida aquella, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral".

El arbitraje voluntario atraviesa por tres etapas: la etapa postulatoria, la etapa probatoria y la etapa resolutoria, las cuales pasaremos a desarrollar brevemente a continuación.

a) Etapa postulatoria

Esta etapa comprende desde la suscripción del compromiso arbitral hasta la presentación de las propuestas finales.

a.1) El compromiso arbitral

Es el acuerdo por el cual las partes de la negociación colectiva hacen constar en un acta su voluntad de someter a arbitraje las controversias surgidas entre ellas con la finalidad de poner fin a un conflicto económico de trabajo, comprometiéndose a acatar lo que resuelvan los árbitros.

En materia laboral el compromiso arbitral debe constar en un documento separado (acta), el cual según el primer párrafo del artículo 49.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 009-93-TR, deberá contener lo siguiente:

- El nombre de las partes, las de sus representantes y sus domicilios;
- Modalidad de arbitraje;
- Información sobre la negociación colectiva que se somete a arbitraje;
- Monto y forma de pago de las costas y honorarios de los árbitros;

Lugar del arbitraje y facilidades para el funcionamiento del Tribunal, que deberá asumir el empleador, de no ser posible, será solicitada por las partes al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

a.2) Formación del órgano arbitral

Los árbitros son aquellas personas naturales o instituciones arbitrales que son designadas por las partes para dar solución a un conflicto, de acuerdo con el artículo 64.° del TUOLRCT, el órgano arbitral puede ser un tribunal ad - hoc, una institución representativa, la propia Autoridad de Trabajo, o cualquier otra

modalidad que las partes específicamente acuerden, lo que constará en el acta de compromiso arbitral. Si no hubiere acuerdo sobre el órgano arbitral se constituirá de oficio un tribunal tripartito integrado por un árbitro que deberá designar cada parte y un presidente designado por ambos árbitros o, a falta de acuerdo, por la Autoridad de Trabajo.

De acuerdo con la norma antes citada, en ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado".

La Directiva General N.° 006-2012/MTPE/2/14 aprobada mediante Resolución Vice-Ministerial N.° 004-2012-TR/DVMT, del 28 de diciembre de 2012, ha precisado la manera como deben designarse los árbitros en el caso del arbitraje voluntario y potestativo.

Conforme a la Directiva General mencionada en el párrafo anterior, los árbitros no solo deben ser personas conocedoras de las normas laborales y las técnicas de solución de conflictos; sino que además deben ser conscientes que no son representantes de quienes los han designado, por lo tanto, deben actuar con la más absoluta independencia frente a las partes y ante terceros, debiendo permanecer en el cargo a lo largo del procedimiento arbitral.

El segundo y tercer párrafos del artículo 49.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 009-93-TR, reglamentan la designación de los árbitros a que se refiere el artículo 64.° del TUOLRCT, estableciendo las reglas siguientes:

- Las partes que suscribieron el compromiso arbitral deberán designar sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles.
- En el caso que una de las partes no designara a su árbitro, corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo el nombrar al árbitro correspondiente, cuyo costo asumirá la parte responsable de su designación.
- Si por alguna circunstancia cualquiera de los árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada deberá sustituirlo en un término no mayor de tres (03) días hábiles. En caso de no hacerlo el presidente del Tribunal Arbitral solicitará a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución.

En cuanto al número de árbitros y la forma de tomar decisiones, los artículos 50.° y 51.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR establecen lo siguiente:

> "**Artículo 50.-** El Tribunal Arbitral, en los casos que proceda, estará constituido siempre en número impar, debiendo los acuerdos ser adoptados por mayoría absoluta de sus miembros.
> **Artículo 51.-** Conforme el primer párrafo del Artículo 64 de la Ley, en la negociación colectiva a nivel de empresa comprendida en el sector privado, el arbitraje laboral puede estar a cargo de árbitro único, que podrá ser persona natural o jurídica, o de un Tribunal Arbitral. En caso que el empleador y los trabajadores no hubiesen llegado a un acuerdo sobre el tipo de órgano arbitral que resolverá el conflicto, se constituirá un tribunal tripartito de la siguiente manera:
> Cada parte nombrará un árbitro y éstos designarán a un tercero que actuará como presidente del Tribunal. A falta de acuerdo entre los árbitros nominados por las partes, sobre la designación del tercer árbitro, éste será nombrado por la Autoridad de Trabajo del domicilio de la empresa, y de tener varios centros de trabajo el del lugar donde se encuentre el mayor número de trabajadores comprendidos en el ámbito de negociación colectiva.
> En la negociación colectiva por rama de actividad o gremio, si no hay acuerdo para designar al tercer árbitro, lo hará la Autoridad de Trabajo del lugar donde estén la mayoría de empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo".

a.3) El arbitraje en las entidades públicas

El arbitraje en entidades públicas que no sean empresas del estatales se regula por lo dispuesto en la Ley N.° 31188 y por su norma reglamentaria aprobada por el Decreto Supremo N.° 008-2022-PCM, publicados en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de mayo de 2021 y el 20 de enero de 2022, respectivamente.

a.4) Arbitraje en empresas que se encuentran dentro del ámbito de la Actividad Empresarial del Estado

Si el empleador es una empresa comprendida en el ámbito de la Actividad Empresarial del Estado, el Reglamento del TUOLRCT establece la forma en que

se designará, a falta de acuerdo entre las partes, al presidente del tribunal arbitral. En ningún caso podrá recaer tal designación en la Autoridad de Trabajo (último párrafo del artículo 64.° del TUOLRCT).

De presentarse el supuesto señalado en el párrafo anterior, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Dirección General de Trabajo que designe al presidente del Tribunal Arbitral; acto que se realizará mediante sorteo público entre los árbitros inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas con especialización en negociación colectiva del sector público. Para efectos de la realización de la designación, se convocará a las partes con una antelación no menor a cinco (05) días hábiles. Cabe precisar que la inasistencia de una de las partes a la diligencia de sorteo no impide su desarrollo, pudiéndose llevar a cabo con la presencia de solo una de ellas.

La designación efectuada conforme a los párrafos anteriores es inimpugnable, sin perjuicio del derecho de recusación que pueden ejercitar las partes dentro del proceso arbitral, de ser el caso (artículo 52.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el artículo 1.° del Decreto Supremo N.° 011-2016-TR).

Tratándose de arbitrajes en negociaciones colectivas en entidades y empresas del Estado, se deberán tener en cuenta las disposiciones previstas en los artículos 2.° y 3.° de la Resolución Ministerial N.° 284-2011-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de setiembre de 2011.

a.5) Inicio del arbitraje

El procedimiento arbitral inicia con la aceptación del árbitro o según sea el caso de todos los miembros del Tribunal Arbitral.

La aceptación se debe efectuar ante las partes y debe encontrarse plasmada en un acta donde se señalará el lugar, la fecha y hora de su realización, los nombres de las partes intervinientes, y del árbitro o de los miembros del Tribunal Arbitral; así como, deberá constar la declaración de estar formalmente iniciado el proceso arbitral (primera parte del primer párrafo del artículo 54.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR).

a.6) Presentación de propuestas finales

En el mismo acto de iniciación las partes entregarán al árbitro o a los miembros del Tribunal Arbitral su propuesta final por escrito en forma de proyecto

de convención colectiva, más una copia para su contraparte. El árbitro o el Presidente del Tribunal Arbitral, de ser el caso, deberá entregar la propuesta final a la parte contraria a efectos de que dicha propuesta final sea revisada (segunda parte del primer párrafo del artículo 54.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR).

Dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes las partes podrán formular al árbitro o al Tribunal Arbitral las observaciones debidamente sustentadas que tuvieran respecto del proyecto de fórmula final presentado por la otra parte (segundo párrafo del artículo 54.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR).

b) Etapa probatoria

Esta etapa persigue que las partes presenten ante el árbitro o Tribunal Arbitral todas las pruebas que pretendan hacer valer a su favor.

La actuación probatoria dentro del procedimiento arbitral, según el artículo 55.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, se encuentra sujeta a las siguientes reglas:

- El árbitro o Tribunal Arbitral tiene absoluta libertad para ordenar o requerir la actuación o entrega de toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros y en general obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones y organismos cuya opinión resulte conveniente para poder resolver el conflicto, todo dentro de un plazo máximo de treinta (30) días naturales, contados desde la fecha de iniciación formal del procedimiento arbitral. El árbitro o el Tribunal Arbitral en su caso, notificará a las partes la conclusión de esta etapa del proceso.
- Durante este período el árbitro o Tribunal Arbitral podrá convocar a las partes por separado o conjuntamente a fin de aclarar o precisar las propuestas de una y otra.

b.1) Expediente administrativo

El árbitro o Tribunal Arbitral recibirá de la Autoridad Administrativa de Trabajo el expediente de la negociación colectiva, incluyendo la valorización del pliego de peticiones y el informe de la situación económica laboral de la empresa a que alude el artículo 56° del TUOLRCT si lo hubiera (primer párrafo del artículo

55° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR).

El artículo 56.° del TUOLRCT señala lo siguiente:

> "**Artículo 56.-** En el curso del procedimiento, a petición de una de las partes o de oficio, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada, practicará la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico - financiera de las empresas y su capacidad para atender dichas peticiones, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o en la misma región.
>
> Asimismo estudiará, en general, los hechos y circunstancias implícitos en la negociación.
>
> La Oficina especializada podrá contar con el asesoramiento del Ministerio de Economía y Finanzas, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) [actualmente, la Superintendencia del Mercado de Valores] y de otras instituciones cuando la naturaleza o importancia del caso lo requiera.
>
> El dictamen correspondiente, debidamente fundamentado y emitido sobre la base de la documentación que obligatoriamente presentarán las empresas y de las investigaciones que se practiquen será puesto en conocimiento de las partes para que puedan formular su observación".

La norma reglamentaria precisa que en la tramitación, en los términos y modo de proceder y demás diligencias, el árbitro o Tribunal Arbitral procederá de oficio, cuidando que se observen los principios de oralidad, sencillez, inmediación y lealtad a que se refiere el artículo 64° de la Ley; asimismo, precisa que la suspensión del plazo de treinta (30) días naturales solo procede de manera excepcional en los casos de impedimento comprobado del Tribunal Arbitral de proseguir con el procedimiento y requiere la aceptación de las partes de la negociación colectiva (pe**núltimo párrafo del artículo 55.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR**, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR).

c) Etapa resolutoria

Es la etapa final del arbitraje durante la cual se emite y notifica el laudo arbitral.

El laudo arbitral es la decisión definitiva emitida por el árbitro o Tribunal Arbitral, según sea el caso, que pone fin al conflicto sometido a su conocimiento, el cual tiene fuerza ejecutiva una vez que haya quedado consentido o se hayan agotado los recursos que contempla la ley para su impugnación.

Según el artículo 55 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, el Tribunal Arbitral evalúa la resolución de la controversia, atendiendo a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, a los Convenios Internacionales del Trabajo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al deber de fomento de la negociación colectiva,, en particular en ámbitos superiores al de empresa, con el objeto de fortalecer la negociación colectiva con un mayor nivel de alcance.

Dentro de los cinco (05) días hábiles de concluida la etapa probatoria el árbitro o el Tribunal Arbitral en su caso, convocarán a las partes a fin de darles a conocer el laudo que pone fin al procedimiento arbitral levantándose acta de esta diligencia (artículo 56.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR).

c.1) Contenido del laudo

Sobre el contenido del laudo arbitral el TUOLRCT establece textualmente lo siguiente:

> "**Artículo 65.-** El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra.
> El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas.
> Para la decisión deberán tenerse presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56".

En los casos que por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, en

concordancia con el artículo 65.° de la Ley, el árbitro o el Tribunal deberá precisar en el laudo en qué consiste la modificación o modificaciones y las razones que se han tenido para adoptarla (primer párrafo del artículo 57.° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR).

La atenuación de las propuestas puede ser ascendente, cuando incrementa la propuesta patronal y descendente, cuando limita la propuesta gremial.

Para emitir laudo se tendrá presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56° de la Ley, tal como lo ordena el artículo 65° de la misma (segundo párrafo del artículo 57° del Decreto Supremo N° 011-92-TR).

Sobre la necesidad de contar con el dictamen económico financiero para laudar, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015) ha establecido que es nulo el laudo arbitral emitido sin tener en cuenta el respectivo informe económico expedido por la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme al artículo 57° del Decreto Supremo N.° 011-92-TR (sétimo considerando).

20.4.12. Arbitraje potestativo

El arbitraje potestativo es aquel en el cual, ante la actitud obstruccionista o dilatoria del empleador los trabajadores pueden **válidamente exigir que se someta la controversia a arbitraje, debiendo ser aceptada esta forma de solucionar el conflicto económico de trabajo.**

En el año 2010 el arbitraje potestativo fue reconocido a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto del 2009, recaída en el Expediente N.° 03561-2009-AA, Caso Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (Sutrampor) aclarada mediante resolución de fecha 10 de junio de 2010.

El arbitraje potestativo fue, originalmente, objeto de regulación por el Decreto Supremo N.° 014-2011-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de setiembre de 2011, desatándose una discusión sobre la constitucionalidad de dicha norma, la cual, para los especialistas en arbitraje, constituía una desnaturalización del mismo al convertirlo en obligatorio por la sola voluntad de una de las partes. Este debate quedó definido con la Sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 13 de agosto de 2015, recaída en el Expediente

N.° 5132-2014, en el cual se declaró infundada la Acción Popular dirigida contra el citado Decreto Supremo y, por lo tanto, constitucional dicho dispositivo legal.

En nuestra legislación el arbitraje potestativo encuentra su fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 61° al 63° del TUOLRCT, los cuales señalan lo siguiente:

> "**Artículo 61.-** Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.
> **Artículo 63.-** Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador".

Sobre el artículo 61° el Tribunal Constitucional (2012) mediante Sentencia de fecha 21 de mayo de 2014, ha señalado lo siguiente:

> "11. En consecuencia debe concluirse que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, es de carácter potestativo, conforme también ha sido contemplado en el artículo 1° del Decreto Supremo N.° 014-2011- TR, en virtud de lo dispuesto por este Tribunal en la STC 03561-2009-PA/TC, debiendo por tanto aplicarse el arbitraje potestativo tanto para determinar el nivel de la negociación colectiva como para el trámite que deberá seguir una negociación colectiva cuando se haya agotado la etapa de trato directo y la conciliación sin llegar a un acuerdo; por consiguiente, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste [...]" (fundamento 11).

La Corte Suprema de Justicia de la República mediante Sentencia emitida por su Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente con fecha 13 de agosto de 2015, recaída en la Acción Popular N.° **5132-2014 LIMA, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de junio de 2016, ha declarado la constitucionalidad del Decreto Supremo N.° 014-2011-TR, que introdujo la regulación del arbitraje potestativo.**

Además debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 61-C del Reglamento adicionado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, que dispone lo siguiente:

"Son aplicables al arbitraje potestativo las reglas del procedimiento arbitral establecidas en los artículos 55,56,58,59 y 61 del Reglamento.

Dado que el arbitraje potestativo solo puede ser iniciado por los trabajadores, este mecanismo se ejerce de manera alternativa al derecho de huelga".

a) Causales

Respecto a las causales de arbitraje potestativo, el artículo 46° del Reglamento modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de julio de 2022, establece lo siguiente:

> **"Artículo 46.- Arbitraje**
> El arbitraje solicitado por los trabajadores, previsto en el artículo 61 de la Ley, procede siempre que ocurra alguna de las causales previstas en el presente Reglamento, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley.
> La Autoridad Administrativa de Trabajo, de ámbito nacional o regional, según corresponda, o la que haga sus veces, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por propia iniciativa podrá solicitar en el curso del procedimiento de negociación directa o de conciliación, la información necesaria que le permita dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley".

Las causales reglamentarias del arbitraje potestativo se encuentran consignadas en el artículo 61°-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, en los términos siguientes:

> **"Artículo 61-A.- Arbitraje Potestativo**
> Los trabajadores tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos:
> a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones

de trato directo o de conciliación, o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o,

b) Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo".

En cuanto a los actos de mala fe negocial a la que se refiere el literal b) del artículo citado precedentemente, estos se encuentran previstos en la Resolución Ministerial N.° **284-2011-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de setiembre del 2011, la cual señala sin carácter taxativo los siguientes:**

"**Artículo 1°.- Actos de mala fe en la negociación**

Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la parte contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado. Constituyen actos de mala fe en la negociación colectiva, los siguientes:

a) Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo;
b) Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta;
c) Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo;
d) No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público;
e) Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento;
f) Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador;

g) Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva;
h) Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato;
i) El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación;
j) Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva;
k) Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones; y,
l) Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical.

Los actos de mala fe enunciados en los literales anteriores no constituyen una lista taxativa.

La valoración de los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos en el artículo 61°-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, es realizada por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral y está sujeta para su comprobación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad considerando el contexto en el que se producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos precedentes de las partes en anteriores procesos negociales".

La Resolución Ministerial N.° **284-2011-TR** solamente presenta un listado de actos de mala fe que no tienen carácter taxativo, pero, además, establece el deber de los árbitros de calificar la procedencia del arbitraje potestativo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para que teniendo en cuenta los comportamientos anteriores de las partes en otras negociaciones, tal como sería

si es que la empresa tiene por política incurrir en actos destinados a perjudicar el normal desarrollo de la negociación colectiva, o si por el contrario las anteriores negociaciones se han resuelto en trato directo o etapa conciliatoria, puedan evaluar la procedencia o no de este tipo de arbitraje.

b) Trámite

Los términos y etapas del arbitraje potestativo se sujetan a las reglas de trámite siguientes:

b.1) Designación de árbitros

De acuerdo con el artículo 61° - B del Decreto Supremo N.° **011-92-TR, incorporado por el Decreto Supremo N.° 009-2017-TR, la designación de los árbitros sigue el trámite que a continuación se detalla:**

> "Artículo 61-B.- Designación de los árbitros y presidente del Tribunal Arbitral
>
> Activado el arbitraje, las partes deben elegir a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles perentorios. De no hacerlo una de ellas, la Autoridad Administrativa de Trabajo elige al árbitro correspondiente, cuyo honorario asume la parte responsable de su elección.
>
> Elegidos los árbitros, ellos acuerdan la elección del Presidente del Tribunal Arbitral en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles perentorios. De no llegar a un acuerdo dentro del plazo anterior, la Autoridad Administrativa de Trabajo procede a la elección del Presidente Del Tribunal Arbitral, quien se desempeñará como tal salvo que las partes, de común acuerdo, propongan un nombre distinto dentro del plazo de tres (3) días hábiles de comunicada la elección a ambas partes.
>
> Las designaciones efectuadas por la Autoridad de Administrativa de Trabajo se realizan mediante sorteos públicos y aleatorios, sobre la nómina de árbitros inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles desde que se toma conocimiento del vencimiento del plazo para designar al árbitro o Presidente del Tribunal Arbitral.

Salvo pacto en contrario, no puede ser designado como árbitro o Presidente del Tribunal Arbitral quien dentro de los dos (2) últimos años se haya desempeñado como parte, árbitro, abogado o asesor en algún arbitraje laboral colectivo, potestativo o voluntario, seguido por alguna de las partes. Los dos (2) años se contabilizan desde la emisión del laudo arbitral. Se exceptúan de esta disposición los árbitros que sean escogidos en arbitrajes unipersonales.

Si por alguna circunstancia alguno de los árbitros dejara de asistir a más de una sesión o renunciara, la parte afectada debe sustituirlo en el término no mayor de tres (3) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del Tribunal Arbitral solicita a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución".

La Directiva General N.° 006-2012/MTPE/2/14 respecto a la imposibilidad de impugnar la decisión administrativa que designa a un árbitro o al Presidente del Tribunal Arbitral señala lo siguiente:

"5.8 Una vez la Dirección General de Trabajo cumpla con asignar un árbitro a una parte o designar al presidente del tribunal arbitral, se emitirá el auto directoral general correspondiente, formalizándose por ese acto la designación que, en ambos casos, ordena la ley.

5.9 El auto directoral general que designa al presidente del tribunal arbitral es inimpugnable por aplicación directa del artículo 4° del Decreto Supremo No. 009-2012-TR y de modo supletorio, de la regla contenida en el artículo 25° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje. Esto no enerva el derecho de las partes de recusar a los árbitros, el mismo que se hace valer dentro del procedimiento de arbitraje potestativo o voluntario (según sea el caso), una vez instalado el tribunal arbitral".

b.2) Valoración de competencia del Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral es el único que puede valorar los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo conforme a lo establecido en el artículo 61°-A del Decreto Supremo N.° **011-92-TR, teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad considerando el contexto en que se**

producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos de las partes en anteriores procesos negociales (último párrafo del artículo 1.° de la Resolución Ministerial N.° 284-2011-TR).

De manera adicional, debe tenerse en consideración que la Directiva General N.° 005-2012-TR-MTOE/2714, aprobada mediante Resolución Ministerial N.° 076-2012-TR, en su numeral 6.7.5.), establece lo siguiente:

> "Cualquier cuestionamiento u oposición a la instalación del tribunal o al inicio de la instancia arbitral deberá ser planteado ante dicha instancia en estricto respeto al principio competente-competence. Asimismo, en cumplimiento de dicho principio la autoridad administrativa de trabajo no es competente para analizar o verificar si los supuestos que habilitan el sometimiento del conflicto a la instancia arbitral se verifican en el caso concreto".

En conclusión, se puede afirmar que el único órgano competente para analizar la causal invocada para la procedencia del arbitraje potestativo es el Tribunal Arbitral.

b.3) Presentación de la propuesta final

Constituido el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso, en forma de proyecto de convenio colectivo con copia para la otra parte, que le será entregado a éste por el presidente del Tribunal Arbitral. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes las partes podrán formular al tribunal las observaciones debidamente sustentadas que tuvieran respecto (último párrafo del artículo 61.°-**B del Decreto Supremo N.° 011-92-TR, incorporado por el Decreto Supremo N.° 009-2017-TR).**

b.4) Etapa probatoria

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61.°-**C del Decreto Supremo N.° 011-92-TR,** modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, las reglas establecidas en los artículos 55.°, 56.°, 58.°, 59.°, 60.° y 61.° del Reglamento, referidas a la etapa probatoria dentro del procedimiento arbitral voluntario.

Los comentarios formulados anteriormente para la etapa probatoria del arbitraje voluntario también son válidos para esta etapa del arbitraje potestativo.

b.5) Etapa resolutoria

Para esta etapa del arbitraje, de conformidad con el artículo 61.°-C **del Decreto Supremo N.° 011-92-TR,** modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, serán aplicables al arbitraje potestativo las reglas establecidas en el artículo 56.° **del TUOLRCT. Los comentarios elaborados en los párrafos precedentes sobre la etapa resolutoria del arbitraje voluntario, así como lo referido al contenido del laudo arbitral, también resultan válidos para el arbitraje potestativo.**

20.4.13. El arbitraje obligatorio

El arbitraje será obligatorio cuando, en uso de una facultad legal, es impuesto por la Autoridad Administrativa a las partes de un conflicto colectivo de trabajo con la finalidad de poner fin al mismo.

a) Causales para el arbitraje

Sobre los supuestos en que procede el arbitraje obligatorio el artículo 68° del TUOLRCT establece lo siguiente:

> "Artículo 68.- Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva".

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la imposición del arbitraje por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, como forma de solución pacífica de conflictos, se encuentra limitada fundamentalmente a la ocurrencia de tres supuestos: a) la prolongación excesiva de la huelga que ponga en peligro grave a la empresa o un sector productivo, b) que del ejercicio del derecho de huelga resulte la comisión de actos de violencia, y c) cuando la huelga de cualquier manera asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

Debemos resaltar que cuando la norma señala que de fracasar el arreglo directo y otras formas de solución pacífica del conflicto de trabajo "[...] el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva",

se está otorgando a dicha entidad estatal una facultad similar a la de un árbitro, pues, mediante una resolución administrativa se resuelve un conflicto laboral de carácter económico.

b) Naturaleza jurídica de la resolución administrativa emitida conforme al artículo 68.° del TUOLRCT

La naturaleza de laudo arbitral que tienen las resoluciones administrativas emitidas al amparo del artículo 68.° **del TUOLRCT ha sido reconocida por el Decreto Supremo N.° 014-2011-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de setiembre de 2011, cuando establece lo siguiente:**

> "Artículo 4.- Resoluciones administrativas expedidas al amparo del artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo
>
> Las resoluciones administrativas, de primera y segunda instancia, que se expiden al amparo del artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo tienen la naturaleza de laudo arbitral, siéndoles aplicables los artículos 65 y 66 del referido texto único ordenado".

20. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL

El artículo 66 del TUOLRCT prevé que un laudo arbitral económico puede ser impugnado ante la Sala Laboral de la Corte Superior en los casos siguientes: por razón de nulidad , o por establecer menores derechos a los contemplados en la ley en favor de los trabajadores. Asimismo dicha norma legal señala que la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral , salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente.

El artículo 59 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo No.014-2022-TR, señala que la impugnación judicial que prevé el artículo 66 del TUOLRCT deberá realizarse de conformidad con lo establecido en las normas procesales vigentes y no suspende la ejecución del laudo arbitral , salvo resolución del Poder Judical.

Bibliografía

- ALEMÁN PÁEZ, Francisco. (2015). Curso de Derecho del Trabajo, Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos.
- BOZA PRO, Guillermo y otros. (1994). Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada. Lima: Consultores Jurídicos Asociados.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7ª. Edición revisada y actualizada. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Casación N.° 685-97 ICA, del 25 de junio de 1998.
- Casación N.° 760-96 LIMA del 15 de setiembre de 1998.
- CERÓN CORAL, Jaime y PIZARRO JARAMILLO, Esteban. (2007). El Arbitraje Laboral. Bogotá: Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia.
- GERNIGON Bernard, ODERO Alberto y GUIDO Horacio. (2000). La Negociación Colectiva, Normas de la OIT y principios de los órganos de control, 1a. Edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. (2008). Derecho del Trabajo, 17ª. Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. (2002). Derecho del Trabajo. 11ª. Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2015). Lecciones de Derecho del Trabajo, 8ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2013). Informe N.° 003-2014-MTPE/2/14.1 del 08 de enero de 2013.
- MONTERO AROCA, Juan. (1996). Introducción al Proceso Laboral. 3ª. Edición. Barcelona: J. M. BOSCH Editor S.A.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2018). Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 6ta ª. Edición revisada. Ginebra: OIT.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. (2014). Compendio de Derecho Sindical, Tercera Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Apelación N.° 4968-2017 LIMA, del 23 de enero de 2018
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación N.° 19367-2015 JUNÍN, del 17 de enero de 2018.

- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Casación Laboral N.° 4255-2017 LIMA, del 19 de junio de 2017.
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Casación N.° 10406-2016 LIMA del 16 de mayo de 2017.
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017). Casación Laboral N.° 12901-2014 CALLAO de fecha 26 de abril de 2017.
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015). Apelación N.° 11673-2015-LIMA, del 11 de diciembre de 2015.
- Tribunal Constitucional (2015). Expedientes Nos. 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (acumulados) del 03 de setiembre de 2015.
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente N.º 03243-2012-AA, del 21 de mayo de 2014.
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente N.° 05539-2009-AA, del 25 de enero de 2012.
- Tribunal Constitucional (2011). Expediente N.° 00142-2011-PA/TC, del 21 de setiembre de 2011.
- Tribunal Constitucional (2010). Expediente N.° 02851-2010-PA/TC, del 15 de marzo de 2011.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N.º 03561-2009-PA/TC CALLAO, del 17 de agosto de 2009.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 06167-2005-HC/TC, del 28 de febrero de 2006.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 008-2005-PI/TC del 12 de agosto de 2005.
- Tribunal Constitucional (2004). Expediente N.º 0784-2004-AA/TC LIMA, del 12 de octubre de 2004.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. (2010). El contenido del convenio colectivo de trabajo. En Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- TRUJILLO V., Julio César. (1979). Derecho del Trabajo, Tomo II. Quito: Ediciones de la Universidad Católica de Quito.

CAPÍTULO XXVI
LA HUELGA

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho de huelga en los instrumentos internacionales y la Constitución. 3. Definición de huelga. 4. Características de la huelga. 5. Contenido esencial del derecho de huelga. 6. Titularidad del derecho de huelga. 7. Límites al derecho de huelga. 8. Requisitos para la declaración de huelga. 9. Calificación de la huelga. 10. Ámbito de la huelga. 11. Efectos de la declaración de huelga. 12. Excepción a la suspensión de actividades. 13. Huelga pacífica. 14. Requerimiento de ratificación para la continuación de la huelga. 15. Modalidades de huelga prohibidas. 16. Los servicios públicos esenciales. 17. La huelga en los servicios públicos esenciales. 18. La ilegalidad de la huelga. 19. Término de la huelga. 20. Sanciones a los huelguistas. 21. Referencias.

Palabras claves: Derecho de huelga – huelga improcedente – huelga ilegal.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la huelga puede ser abordado utilizando distintas disciplinas del conocimiento, tales como la sociología, la historia, la economía, entre otras; sin embargo, en el presente trabajo, solo nos ocuparemos de analizar la huelga desde el punto de vista del Derecho y solamente con relación al régimen laboral de la actividad privada peruano, dejando para otra oportunidad el estudio de su regulación en el régimen laboral público.

Serán materia de nuestro comentario las principales normas de derecho positivo vigentes al respecto, tales como la Constitución Política del Perú de 1993, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 010-2003-TR (en adelante el TUOLRCT), el Reglamento del texto original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.° 011-92-TR (en delante el Reglamento) y

la legislación complementaria dictada al respecto; para esta labor de exégesis, nos auxiliaremos principalmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia de la República , las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante CLS) y pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).

2. EL DERECHO DE HUELGA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) no se han ocupado expresamente de regular el derecho de huelga; sin embargo, el CLS y el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante el CEACR) lo han reconocido en muchas ocasiones, como derivado del Convenio N.° 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 13281, del 15 de diciembre de 1959, considerando que dicho convenio, en su artículo 3, establece como objeto de las organizaciones sindicales fomentar y defender los intereses de los trabajadores y empleadores (GERNIGÓN y otros, 2000: p.8).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969), que forma parte de nuestro derecho nacional conforme al Decreto Ley N.° 22129, del 28 de marzo de 1978, establece que sus Estados signatarios se comprometen a garantizar el derecho de huelga, ejercido conforme a las leyes de cada país. Este Tratado entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978, conforme al artículo 27.° de su texto.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988), aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N.° 26448, del 27 de diciembre de 1994, señala que los estados que lo suscriben garantizan el derecho de huelga (artículo 8, inciso 1.b).

La CIDH, en su Opinión Consultiva OC-27/21, del 05 de mayo de 2021, sobre Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género; ha reconocido la huelga como uno

de los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones (fundamento 95).

En el ámbito nacional, encontramos que el derecho de huelga se ha sido consagrado en el artículo 28.° de la Constitución de 1993, el que textualmente dispone:

> **"Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga**
> **Artículo 28.-** El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
> [...]
> 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

Del texto constitucional transcrito se desprenden las reglas siguientes: a) el derecho de huelga es reconocido por el Estado, pero no lo promueve como ha precisado el Tribunal Constitucional (2010) lo que si ocurre con la negociación colectiva; b) El Estado puede regular el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social; estableciendo, incluso, excepciones y limitaciones al mismo. Al respecto, el Tribunal Constitucional (2009) ha señalado que este derecho no es absoluto y puede ser limitado mediante una ley.

3. DEFINICIÓN DE HUELGA

Establecer una definición de huelga es difícil, porque los conceptos jurídicos varían con el tiempo, pero, sobre todo, porque los diversos ordenamientos positivos de los Estados la definen teniendo en cuenta mayormente criterios que buscan limitarla.

Por nuestra parte, presentaremos algunas definiciones de huelga, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del CLS, así como de la doctrina y la legislación, para luego proponer la nuestra.

Sobre el derecho de huelga, el Tribunal Constitucional (2005) al desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, nos presenta la definición siguiente:

> "Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.
>
> Por ende, huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio.
>
> Por huelga debe entenderse, entonces, al abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales, la cual, dentro de determinadas condiciones, se encuentra amparada por la ley" (fundamento 40).

La definición antes citada ha sido precisada, posteriormente, por el mismo Tribunal Constitucional (2009) señalando lo siguiente:

> "En efecto, mediante el ejercicio del derecho de huelga los trabajadores se encuentran pues facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico- contractuales, a efectos de logar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales" (fundamento 6).
>
> El CLS de la OIT (2018) define la huelga diciendo que: "[...] es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales" (p. 145).

La CIDH (2021) define la huelga en los términos siguientes: "[...] es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras ,y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales, Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y trabajadoras como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y trabajadoras" (fundamento 98).

En la doctrina, encontramos que existen dos corrientes para definir el derecho de huelga, una "dinámica", que concibe a la huelga como la perturbación de la manera habitual de cumplir con las prestaciones laborales, y otra "tradicional", en la cual se concibe a la huelga como la suspensión colectiva, mayoritaria, voluntaria y pacífica de las labores con abandono del centro de trabajo que persigue fines de carácter económico o profesionales.

Perteneciendo a la corriente dinámica, PALOMEQUE y otro (1999) nos presentan la definición siguiente:

> "La huelga es la medida de autotutela básica de los trabajadores, consistente en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta el trabajo, a través de la realización de diversos comportamientos posibles y, principalmente, de abstención o cesación del trabajo, decididos en forma concertada y ejercidos colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses" (pp.527-528).

El TUOLRCT, adhiriéndose a la concepción tradicional de huelga, positiviza la definición siguiente:

> "**Artículo 72°.-** Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas".

Por nuestra parte, creemos que la huelga puede definirse como toda suspensión colectiva, concertada y pacífica de las labores, con la finalidad de defender los intereses profesionales, económicos y sociales de los trabajadores.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA HUELGA

A partir del artículo 72.° del TUOLRCT, se puede determinar que la huelga presenta las características siguientes:

4.1. Suspensión colectiva del trabajo:

La huelga tiene efecto suspensivo, es decir, que los trabajadores agrupados o no en una organización sindical, deciden colectivamente dejar de laborar, como consecuencia de ello, el empleador, a su vez, queda liberado de abonar las remuneraciones por los días de paralización.

Sobre el efecto suspensivo de la huelga declarada en el artículo 62.° del Reglamento señala:

> "a) Si la decisión fue adoptada por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en este. Se exceptúan los cargos de dirección y el personal que debe ocuparse de los servicios mínimos.
> b) Si la decisión fue tomada por la mayoría de los trabajadores del sindicato, pero no por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido, suspende la relación laboral de los trabajadores del sindicato, con las excepciones antes señaladas".

De acuerdo con el artículo 12.°, inciso h) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR (en adelante el TUOLPCL), el ejercicio del derecho de huelga implica una suspensión perfecta de labores.

4.2. Acuerdo mayoritario:

Una manera de garantizar el ejercicio democrático del derecho de huelga es el exigir un acuerdo mayoritario de los trabajadores (CLS, 2018: p. 154) para hacerlo efectivo; este acuerdo deberá ser tomado en una asamblea que cumpla con las formalidades exigidas por el artículo 73.° del TUOLRCT.

En el caso de sindicatos de rama de actividad o de gremio, el artículo 64.° del Reglamento precisa lo siguiente:

> "Artículo 64.- En los casos de huelga acordados por sindicatos de actividad o de gremio, cuya asamblea esté conformada por delegados, la decisión de llevar adelante la paralización de labores quedará supeditada a su ratificación por las bases, la que deberá efectuarse

cumpliendo con las formalidades previstas por el primer párrafo del inciso b) del artículo 73 de la Ley y el artículo 66 de este Reglamento".

En cuanto al *quorum* de votación para tomar el acuerdo de huelga, el Reglamento, en su artículo 62.°, efectúa las precisiones siguientes:

- Si es acordada por un sindicato se requiere la mayoría de afiliados votantes asistentes a la asamblea.
- Si no existe organización sindical, podrán declarar la huelga la mayoría de los trabajadores votantes en la asamblea.

De acuerdo al último párrafo del artículo 62.° del Reglamento, se entiende por mayoría la mitad más uno de los trabajadores votantes en la asamblea.

Sobre el *quorum* para declarar una huelga, el CLS (2018) ha sostenido que la exigencia de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declararla es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas (p. 154).

4.3. Realización voluntaria:

La decisión de ejercitar el derecho de huelga debe ser independiente de cualquier tipo de presiones, es un acuerdo que obligatoriamente debe efectuarse sin coacción alguna sobre los trabajadores.

4.4. Realización pacífica:

El ejercicio del derecho de huelga debe ser pacífico, en consecuencia, nuestra legislación proscribe los actos de violencia sobre las cosas y las personas durante su materialización; tal sería el caso de agresiones contra los directivos de la empresa o contra los bienes de la misma (destrucción de la maquinaria o de las instalaciones); aspecto que es reiterado en el artículo 79.° del TUOLRCT.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2006) ha señalado lo siguiente:

"Finalmente el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que el ejercicio de los derechos laborales colectivos, en especial el derecho de huelga, debe ser conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente. Dicho ejercicio comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular los del empleador. En tal

sentido, nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que pueden configurar delitos. Incurrir en tales actos comporta un ejercicio ilegítimo de derechos" (fundamento 18).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República (2016) consideró válido el despido de un trabajador que, durante una huelga, conjuntamente con otros tomó las instalaciones del empleador, actitud en que continuó a pesar de la exhortación efectuada por el Ministerio Público para que deponga su actitud violenta.

4.5. Abandono del centro de trabajo:

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la huelga debe realizarse fuera de las instalaciones del centro de trabajo, por tanto, no están permitidas las modalidades huelguísticas en las que los trabajadores permanecen dentro del local de la empresa, como sería por ejemplo una huelga de brazos caídos.

De conformidad con el artículo 25.°, inciso 25.9, del Decreto Supremo N.° 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 019-2007-TR, el empleador que realice actos que impidan el ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, incurre en infracción muy grave en materia de relaciones laborales.

5. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA

El contenido esencial de un derecho es el conjunto de características que lo hacen reconocible, siendo el caso que de suprimirse las mismas, el derecho se desnaturaliza.

El Tribunal Constitucional (2009) considera que son garantías o facultades que forman el contenido esencial de huelga las siguientes:

"(i) Ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.

(ii) Convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.

(iii) Establecer el petitorio de reinvindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
(iv) Adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
(v) Determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado" (fundamento 14).

6. TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Sobre la titularidad del derecho de huelga, el Tribunal Constitucional (2005) ha establecido lo siguiente:

> "**c.4.6.1.) La titularidad del derecho de huelga**
> 41. La doctrina tiene opiniones dispares sobre este punto, ya sea respecto a la titularidad de los trabajadores en sentido lato o a la de los trabajadores adscritos a una organización sindical.
> Este Colegiado estima que, de conformidad con lo establecido en los artículos 72.° y 73.° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N.° 010-2003-TR), su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical" (fundamento 41).

En consecuencia, el titular del derecho de huelga es el trabajador, no la organización sindical, por eso se dice que es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo.

7. LÍMITES AL DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga, como todo derecho no es absoluto, por lo tanto, admite límites subjetivos y objetivos, pues, su ejercicio no puede vulnerar otros derechos constitucionalmente protegidos.

Creemos que el ejercicio del derecho de huelga debe hacerse siempre en ponderación con otros derechos reconocidos por nuestro ordenamiento

constitucional, por eso la huelga es un derecho que se ejerce con los límites que la ley le imponga.

La imposición de límites al derecho de huelga ha sido justificada por el Tribunal Constitucional (2011) en los términos siguientes:

> "6. En ese sentido el derecho de huelga supone que su ejercicio es condicionado, en tanto no debe colisionar con los intereses de la colectividad que pudiesen verse afectados ante un eventual abuso de su ejercicio, lo que supone que el derecho de huelga debe ejercerse en armonía con el interés público y con los demás derechos" (fundamento 6).

Los límites subjetivos están relacionados con las personas que no tienen derecho a la huelga.

Al respecto el Tribunal Constitucional (2005: fundamento 16) nos dice lo siguiente:

> "16. Derivado de ello, por razón de la persona, se encuentran excluidos del goce de libertad sindical y del derecho de huelga, los siguientes:
> a) Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42° de la Constitución).
> b) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42° de la Constitución).
> c) Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 153° de la Constitución)".

Por otra parte, los límites objetivos se refieren a la naturaleza de los servicios que pueden ser afectados por la huelga. En este caso estamos hablando de los servicios públicos esenciales a que se refieren los artículos 82.° y 83.° del TUOLRCT.

8. REQUISITOS PARA LA DECLARACIÓN DE HUELGA

Los requisitos que en forma concurrente deben presentarse para poder adoptar válidamente una declaratoria de huelga son los señalados en el artículo

73. ° del TUOLRCT, si los mismos no se cumplieran, la Autoridad Administrativa de Trabajo podrá declarar su improcedencia o calificarla de ilegal cuando no se curse la comunicación respectiva.

A continuación, comentaremos brevemente cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 73.° del TUOLRCT.

8.1. Finalidad de la huelga (inciso a)

El inciso a) del artículo 73.° presenta la redacción siguiente:

> "**Artículo 73.-** Para la declaración de huelga se requiere:
> a) Que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores en ella comprendidos (...)".

A través de la huelga se persigue la defensa de los derechos e intereses socio económicos y profesionales de los trabajadores que la realizan, así como de sus derechos laborales.

La defensa de los intereses socioeconómicos o profesionales, por lo general, está relacionada con la negociación colectiva.

En cuanto a los fines de la huelga, el CLS (2018) ha señalado que:

> "El derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros" (p. 147).

El CLS (2018) también se ha pronunciado en diversas oportunidades admitiendo que la finalidad de la huelga puede tener un carácter más amplio de lo que le permite la legislación peruana, tal como sería el caso de las huelgas de protesta contra la política económica y social de los gobiernos, las huelgas de solidaridad, entre otras (p. 148).

La CIDH (2021) ha considerado que los fines de la huelga, que deben ser objeto de protección, pueden agruparse en tres categorías: los de naturaleza

laboral, los de naturaleza sindical y los que impugnan políticas públicas (fundamento 99).

A pesar de lo indicado anteriormente, la redacción actual del TUOLRCT no permite ni las huelgas políticas ni las de solidaridad.

8.2. Acuerdo de huelga (inciso b)

El inciso b) del artículo 73.° del TUOLRCT prevé que la decisión de ir a la huelga debe ser adoptada conforme lo determinen los estatutos y, en todo caso, con la participación mayoritaria de trabajadores comprendidos en su ámbito. Se mantiene la obligación de refrendo de la asamblea de huelga por un Notario Público y, en defecto de este, por el Juez de Paz de la localidad.

El primer párrafo del artículo 62.° del Reglamento señala que la organización sindical declara la huelga en la forma prevista por sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea.

Además, el TUOLRCT ha procurado la democratización de la votación para decidir la huelga, a tal punto que ha previsto que ello sea refrendado por Notario Público o, a falta de este, por el Juez de Paz de la localidad; con este refrendo lo que se busca es garantizar la transparencia de la decisión del ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto a la refrendación notarial, esto en un primer momento fue interpretado como un requerimiento de que el Notario se encuentre presente en la asamblea durante la votación; posteriormente, la Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento precisó que el refrendo por Notario Público debía entenderse como legalización del acta, con lo cual el Notario da fe del documento final; es decir, certifica la fidelidad de la copia del acta de la asamblea con respecto a su original mas no de su contenido.

8.3. Comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo (inciso c)

Según el inciso c) del artículo 73.° del TUOLRCT, la declaración de huelga debe ser comunicada al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo por lo menos con cinco (05) días útiles de antelación o con diez (10) días útiles tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación.

El cómputo del plazo se efectúa excluyendo el día en que el empleador y la Autoridad de Trabajo son notificados con la declaratoria de huelga y el día de inicio de la paralización.

El artículo 65.° del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, precisa lo siguiente:

> "La comunicación de la declaración de la huelga a que alude el inciso c) del artículo 73 de la Ley , se sujeta los siguientes requisitos:
>
> a) Comunicación dirigida a la Autoridad Administrativa de Trabajo, con una anticipación de diez (10) días hábiles tratándose de servicios públicos esenciales, señalando el ámbito de la huelga , el motivo , su duración ,el día y la hora fijados para su iniciación.
>
> En la comunicación debe constar la declaración jurada del Secretario General de la organización sindical de que la decisión se ha adoptado cumpliéndose con los requisitos señalados en el inciso b del artículo 73 de la Ley.
>
> Asimismo, tratándose de servicios públicos esenciales o de labores indispensables ,debe indicarse la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando:
>
> b) Copia simple del acta de votación.
>
> c) Copia simple del acta de la asamblea.
>
> El presente procedimiento es de evaluación previa con silencio positivo. La Autoridad Administrativa de trabajo cuenta con tres (3) días hábiles para emitir pronunciamiento, computados desde la presentación de la comunicación".

En el caso que se declare improcedente la declaratoria de huelga, el artículo 69.° del Reglamento regula lo siguiente:

> "**Artículo 69.-** La resolución que declare improcedente la declaratoria de huelga, deberá indicar con precisión, el o los requisitos omitidos".

Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2021) ha establecido como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

"1. La huelga materializada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró su improcedencia, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores por los días de inasistencia al trabajo.

2. La huelga realizada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado su ilegalidad, solo acarrea responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencia al trabajo; siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante cartelón o medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de labores bajo fe notarial o a falta de notario, bajo constatación policial. Los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento" (Octavo considerando).

8.4. No sometimiento a arbitraje cuando se recurra a la huelga (inciso d)

Este supuesto está referido a las huelgas que se realizan dentro de una negociación colectiva cuando ambas partes han acordado solucionar sus diferencias por medio del arbitraje. En este caso, no resulta coherente que se busque, a través de la huelga, obtener también el mismo resultado; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el sometimiento a arbitraje no puede constituir un impedimento para el ejercicio del derecho de huelga.

Es por ello, que el inciso d) del artículo 73.° del TUOLRCT ha previsto lo siguiente:

"**Artículo 73.-** Para la declaración de huelga se requiere:

[...]

d) Que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje".

Al respecto PASCO (1996) opina:

"En el esquema que sostiene a la LRCT, la huelga es prevista como una alternativa al arbitraje: al concluir sin acuerdo las tratativas directas de una negociación, los trabajadores deben optar entre recurrir a alguno de los medios pacíficos de solución (conciliación, mediación, arbitraje) o a la acción directa; escoger uno de esos caminos expulsa al otro. La

disyuntiva es, pues, paz o guerra, no ambas. Así lo disponen los artículos 61 y 62 LRCT, que son complementarios" (pp. 212-213).

Para adoptar la decisión de ejercitar el derecho de huelga es necesario que, previamente, se haya agotado la negociación directa entre las partes; es decir, que las partes hayan realizado los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo sin que lo hayan logrado (artículo 75.° del TUOLRCT).

Debemos entender que la intención de la norma es que los trabajadores, antes de recurrir al ejercicio de la huelga, busquen soluciones a través del trato directo.

8.5. Adjuntar nómina de trabajadores que deben continuar laborando cuando corresponda (inciso c del artículo 65.° del Reglamento)

En el caso de servicios esenciales y el caso previsto en el artículo 68.° del TUOLRCT, se debe acompañar la nómina de trabajadores que deben seguir laborando.

Es de tener en cuenta, que este personal que debe seguir laborando puede ser no sindicalizado o no huelguista, pues, los servicios esenciales se mantienen no solo porque es necesario tutelar el centro de trabajo sino también la seguridad de las personas y bienes.

9. CALIFICACIÓN DE LA HUELGA

En el Perú, la calificación de la huelga se encuentra a cargo de la Autoridad Administrativa.

El artículo 74.° del TUOLRCT precisa que dentro de los tres (03) días útiles de recibida la comunicación deberá pronunciarse sobre su improcedencia cuando no cumpla los requisitos previstos en el artículo 73.° de la misma norma legal.

La resolución calificatoria que se emita es apelable dentro del tercer día de notificada a la parte. La resolución en segunda instancia deberá ser emitida dentro del plazo de dos (02) días siguientes de recibidos los autos, bajo responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 017-2012-TR, procede el recurso de revisión ante la Dirección General de Trabajo y Promoción del Empleo contra lo resuelto en segunda instancia por las Direcciones o gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, en los procedimientos sobre

declaratoria de improcedencia o ilegalidad de la huelga, conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 4.° del Decreto Supremo N.° 004-2014-TR. Esta resolución constituye la última instancia administrativa.

Las instancias administrativas encargadas de resolver los asuntos relativos a la calificación de la huelga han sido establecidas en el Decreto Supremo N.° 017-2012-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 1 de noviembre de 2012, corregido con Fe de Erratas publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de noviembre de 2012.

En cuanto al resultado de la calificación de la huelga, se advierten dos situaciones:

Si la declaratoria de huelga fuera declarada improcedente, el artículo 69.° del Reglamento señala que la Autoridad Administrativa deberá expedir una resolución en la cual indique con precisión el o los requisitos omitidos.

Si la declaratoria de huelga cumpliera con todos los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la ley, la Autoridad Administrativa solo tendrá presente la comunicación que le ha sido cursada.

En cuanto al órgano que debería calificar la huelga, en nuestro país es la Autoridad Administrativa de Trabajo; sin embargo, el CLS (2018) considera que toda calificación de ilegalidad de la huelga debe estar a cargo de una autoridad independiente e imparcial como es el caso del Poder Judicial (pp.174–175).

La CIDH (2021) también considera que el órgano encargado de calificar la ilegalidad de una huelga debe ser el Poder Judicial y no un órgano administrativo (fundamento 101).

10. ÁMBITO DE LA HUELGA

Con relación al ámbito de la huelga, este puede ser:

a) **A nivel empresa**, cuando abarca o comprende a la totalidad de una empresa o a parte de ella; es decir, secciones o categorías de trabajadores.
b) **A una rama de actividad**, cuando un sindicato de rama de actividad, una federación de ese ámbito o los trabajadores de esa rama convocan a una huelga de ese nivel.
c) **A un gremio**, cuando afecta a varias empresas en donde laboran los trabajadores de ese gremio.

En cuanto a la duración, según el artículo 76.° del TUOLRCT, si no se indica previamente en la comunicación de la declaración de huelga se entenderá que es por tiempo indefinido, no siendo, por tanto, un requisito esencial su mención.

11. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE HUELGA

La huelga que se realiza cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 73.° del TUOLRCT, produce los efectos siguientes:

11.1. Abstención total de labores (inciso a del artículo 77.° del TUOLRCT)

Esta abstención total de las actividades en el ámbito donde se ejerce la huelga resulta coherente con el respeto a la decisión adoptada mayoritariamente de acatar tal medida de lucha. Asimismo, guarda relación directa con el ejercicio de uno de los derechos fundamentales de los trabajadores, entendidos como el derecho de huelga, cuyo ejercicio y finalidad deben ser garantizados por el Estado.

El artículo 70.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, dispone que todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar y, por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga.

La Corte Suprema de la República (2016) ha considerado como prohibida toda medida del empleador tendiente reducir o eliminar los efectos de la huelga proscribiendo el esquirolaje tanto interno como externo (Noveno considerando).

La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78.° del TUOLRCT, al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado de conformidad con el TUOLPCL, así como, al personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio.

11.2. Suspensión de los efectos del contrato de trabajo (inciso b del artículo 77.° del TUOLRCT)

Durante la huelga se suspende el contrato de trabajo, en consecuencia, no existe prestación de servicios por parte del trabajador, lo que origina que tampoco exista obligación por parte del empleador de abonar remuneraciones. Esto queda al margen de si las partes llegan a un acuerdo para el recupero de los días no laborados y el pago de los mismos.

Durante este período de huelga el poder de dirección del empleador se suspende, con lo cual no puede amonestar ni sancionar a trabajador alguno que se encuentre acatando la medida de huelga.

Sobre el efecto suspensivo respecto de la relación laboral que tiene la huelga, la Corte Suprema (2021) ha establecido la doctrina jurisprudencial siguiente:

> "El ejercicio del derecho de huelga constituye una suspensión perfecta del contrato de trabajo, por lo tanto, durante el periodo de paralización de labores no existe obligación por parte del trabajador de prestar servicios ni del empleador de abonar remuneraciones".

En cuanto al descuento de los salarios de los trabajadores en huelga, el CLS (2018) considera que tal medida no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de libertad sindical; asimismo, el considera que la imposición del pago de salarios cuando se declara que la huelga es responsabilidad del empleador es una medida gravosa que plantea problemas de conformidad con los principios de libertad sindical (pp. 180–181).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2009) sostiene lo siguiente:

> "2. [...] el artículo 77° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, establece que la huelga declarada conforme lo dispuesto por el artículo 73 tiene el efecto de suspender todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral" (fundamento 2).

11.3. Prohibición del retiro de bienes y materias primas por el empleador (inciso c del artículo 77.° del TUOLRCT)

Considerando que la medida de huelga es una medida para presionar al empleador a que reconozca determinados beneficios a favor de los trabajadores, es que se ha establecido que, durante su período de duración, no se podrá extraer ningún bien propiedad de la empresa, para salvaguardar con ellos el patrimonio que respalde el pago de los beneficios de los trabajadores.

El inciso 25.9) del artículo 25.° del Decreto Supremo N.° 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo N.° 019-2007-TR, tipifica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales, el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

11.4. Respeto a la antigüedad en el trabajo (inciso d del artículo 77.° del TUOLRCT)

El hecho que haya suspensión de labores no significa que se dé por resuelto el contrato de trabajo, motivo por el cual, la legislación laboral contempla casos específicos en que persiste la antigüedad a pesar de la huelga, así tenemos los siguientes:

i) Son computables como días de trabajo efectivo para efectos de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) los días de huelga, siempre que no haya sido declarada improcedente o ilegal (literal d del artículo 8.° del TUO del Decreto Legislativo N.° 650, aprobado por Decreto Supremo N.° 001-97-TR).

ii) Para efectos del récord vacacional, se considera como días efectivos de trabajo los días de huelga, salvo que haya sido declarada improcedente o ilegal (literal i del artículo 12.° del Decreto Legislativo N.° 711).

12. EXCEPCIÓN A LA SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES

De conformidad con el artículo 78.° del TUOLRCT quedan exceptuadas de la suspensión de actividades aquellas labores que resulten indispensables para la empresa; es decir, aquellas funciones que por su naturaleza tengan tal importancia que su interrupción generaría una situación de peligro para las personas, la seguridad o la conservación de los bienes de la empresa o que impida la reanudación inmediata de sus actividades una vez finalizada la huelga.

Con este hecho lo que se pretende es preservar la existencia del centro de trabajo, para que una vez terminada la huelga, se normalice la situación interna y se continúe con el quehacer cotidiano de la misma.

Las labores que prestan los trabajadores durante el período de huelga son funciones encaminadas al desarrollo exclusivo de actividades de mantenimiento

y seguridad. Los trabajadores solo están obligados a mantener las labores indispensables que impidan el cierre de la empresa.

Para estos efectos, el empleador comunicará a los trabajadores u organizaciones sindicales y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos, así como la periodicidad en la que deben efectuarse los reemplazos.

Según el Decreto Supremo N.° 001-2019-TR, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de enero de 2019, el plazo para la comunicación de los servicios mínimos, en caso de huelga durante dicho año, fue hasta el 28 de febrero de 2019.

Es importante señalar que las garantías del servicio mínimo no son exclusivas para empresas que prestan servicios esenciales, sino también para aquellos donde sea necesaria la adopción de medidas de mantenimiento y seguridad.

13. HUELGA PACÍFICA

La huelga debe desarrollarse de forma pacífica, sin que su desarrollo implique el uso de algún tipo de violencia sobre personas o bienes (artículo 79.° del TUOLRCT).

Si los huelguistas incurren en actos de violencia pueden acarrear las responsabilidades siguientes:

i) Ser sancionados con despido por la comisión de las faltas graves previstas en los incisos f) y g) del artículo 25.° del TUOLPCL.
ii) Ser denunciados penalmente por los delitos previstos en los artículos 121.°,122.° y 205.° del Código Penal.

14. REQUERIMIENTO DE RATIFICACIÓN PARA LA CONTINUACIÓN DE LA HUELGA

Siendo la huelga un derecho colectivo de los trabajadores, estos pueden pedir su suspensión en el momento que lo consideren pertinente, para lo cual, este pedido debe ser solicitado por la quinta parte de los trabajadores afectados.

La ratificación de la continuación de la huelga deberá cumplir los mismos requisitos que su declaratoria (artículo 80.° del TUOLRCT).

15. MODALIDADES DE HUELGA PROHIBIDAS

Dentro de la visión clásica del derecho de huelga no tienen cabida aquellas medidas de fuerza que no implican la abstención total en la prestación de los servicios.

El artículo 81.° del TUOLRCT señala que se encuentran prohibidas las modalidades irregulares de paralización de labores siguientes:

15.1. Paralización intempestiva

Consiste en la interrupción total o parcial de labores sin haber cursado comunicación alguna al empleador.

Cuando estas paralizaciones intempestivas son reiteradas constituyen falta grave causal de despido prevista en el inciso a) del artículo 25.° del TUOLPCL.

15.2. Paralización de zonas o secciones neurálgicas

Consiste en la paralización de zonas o secciones cuyo funcionamiento es fundamental para el desarrollo del proceso productivo, esta paralización afectará a la gran parte o totalidad de la empresa.

15.3. Trabajo a desgano

Consiste en la disminución intencional del ritmo de trabajo, así como su realización descuidada con la finalidad de hacer lo menos posible, pero sin incurrir en una cesación total de las actividades.

15.4. Trabajo a ritmo lento

Consiste en laborar a una velocidad por debajo de estándares preestablecidos, pero sin paralizar las actividades.

15.5. Trabajo a reglamento

Consiste en el cumplimiento exacto y riguroso de la forma como se ha establecido que se desarrollen las actividades, lo que origina una lentitud de la manera como se ejecutan las labores con el perjuicio correspondiente.

15.6. Otras formas

Están prohibidas otras formas de paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo o que obstruyan el ingreso al centro de trabajo.

El fundamento de prohibir estas formas de huelga radica en el hecho que la huelga es un medio de presión que tiene por objeto afectar los intereses del empleador, pero que implica también un sacrifico de parte de los trabajadores en la medida que los días de paralización no generan pago de remuneraciones.

En tal sentido, las modalidades irregulares no quedan amparadas por la ley, puesto que se traducen en un daño para el empleador sin el correspondiente desmedro en los haberes de los trabajadores.

Sobre las modalidades de huelga prohibidas por la legislación peruana (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el Comité (2018) consideró que tales limitaciones sólo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica (p. 150).

16. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

Los servicios públicos esenciales son actividades a cargo de entidades públicas o privadas a través de las cuales se persigue satisfacer necesidades de interés general de la población en forma regular y continua.

Según el CLS (2018) el concepto de servicios esenciales depende de las condiciones propias de cada país, no siendo un concepto absoluto, pues, un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de la huelga rebasa cierto periodo o cierto alcance y pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población (p. 159).

El CLS (2018) expresamente considera servicios esenciales los siguientes:

- El sector hospitalario.
- Los servicios de electricidad.
- Los servicios de abastecimiento de agua.
- Los servicios telefónicos.
- La policía y las fuerzas armadas.

- Los servicios de bomberos.
- Los servicios penitenciarios públicos o privados.
- El suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de locales escolares.
- El control del tráfico aéreo (pp. 159–160).

En el plano nacional, tenemos que, según el artículo 83.° del TUOLRCT, son servicios públicos esenciales:

a) Los sanitarios y de salubridad.
b) Los de limpieza y saneamiento.
c) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
d) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
e) Los de establecimientos penales.
f) Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
g) Los de transporte.
h) Los de naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa o seguridad nacional.
i) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de Justicia de la República.
j) Otros que sean determinados por Ley.

Entre los casos que por normas especiales en que se ha declarado determinadas actividades como servicios públicos esenciales tenemos los siguientes:

La Ley N.° 28988, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de marzo de 2007, en su artículo 1.° ha declarado la educación básica regular como servicio público esencial, habiendo el Tribunal Constitucional (2009) confirmado que dicha norma es acorde con la Constitución (fundamentos 21, 22 y 23).

El Decreto Legislativo N.° 1280, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 29 de diciembre de 2016, en el numeral 2 del artículo III de su Título Preliminar, declara que los servicios de saneamiento son servicios públicos esenciales por su impacto en la salud de la población, el ambiente y el desarrollo económico sustentable.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia mediante Resolución de Sala Plena N.° 006-2003-SP-CS, del 30 de octubre de 2003, ha declarado como servicio público esencial a la Administración de Justicia.

De otro lado, cabe precisar, que el CLS (2018) señala que no constituyen servicios esenciales, en el sentido estricto, los siguientes:

- La radio-televisión.
- Los sectores de petróleo y las instalaciones petrolíferas.
- La distribución de petróleo para el funcionamiento del transporte aéreo.
- El sector del gas.
- El llenado de bombonas de gas y su comercialización.
- Los puertos (carga y descarga).
- Los bancos.
- El Banco Central.
- Los servicios de seguros.
- Los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos.
- Los grandes almacenes y los parques de atracciones.
- La metalurgia y el conjunto del sector minero.
- Los transportes, en general, incluidos los servicios metropolitanos.
- Los pilotos de líneas aéreas.
- La generación, transporte y distribución de combustibles.
- Los servicios ferroviarios.
- Los transportes metropolitanos.
- Los servicios de correos.
- El servicio de recolección de basuras.
- Las empresas frigoríficas.
- Los servicios de hotelería.
- La construcción.
- La fabricación de automóviles.
- Las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios.
- Las plantaciones de té, café y de tabaco.

- El sector de la educación.
- Las empresas de embotellamiento de agua mineral.
- La reparación de aviones.
- Los servicios de ascensores.
- Los servicios de exportación.
- Los servicios de seguridad privada excepto los servicios penitenciarios.
- Los aeropuertos, excepto los servicios de control del tráfico aéreo.
- Las farmacias.
- Las panaderías.
- La producción de cerveza.
- La industria del vidrio (pp.160–163).

Como se puede apreciar, esta última relación del CLS se encuentra, en algunos casos, en contradicción con la legislación peruana, tal como ocurre con los servicios de limpieza y saneamiento, los de comunicaciones y telecomunicaciones, así como los de transporte.

La CIDH (2021) admite que pueda limitarse el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores brinden servicios esenciales, considerando dentro de estos a aquellos cuya interrupción conlleve una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población (fundamento 103).

17. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

Como ya se ha explicado anteriormente, los servicios públicos esenciales son aquellos que de ser paralizados total o parcialmente se podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de una población.

El TUOLRCT no prohíbe la huelga en los servicios públicos esenciales, sino que restringe su ejercicio en los términos siguientes:

> "**Artículo 82.-** Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

Anualmente y durante el primer trimestre, las empresas que prestan estos servicios esenciales, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así como la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. La indicada comunicación tiene por objeto que los trabajadores u organización sindical que los represente cumpla con proporcionar la nómina respectiva cuando se produzca la huelga. Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley. Los casos de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben figurar en la relación señalada en este artículo, serán resueltos por la Autoridad de Trabajo".

Actualmente, ya no se considera como incursos en falta grave a los trabajadores que sin justificación incumplan con el servicio, sino que ahora solo se establece que se les sancionará con arreglo a ley; es decir, que puede aplicárseles otras medidas disciplinarias alternativas al despido, tales como son la amonestación o la suspensión sin goce de remuneraciones.

Respecto a los servicios públicos esenciales, el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, ha modificado los artículos 67.° , 68.° y 68.°-A del Reglamento, así como a adicionado al mismo el artículo 67-A en los términos siguientes:

"Artículo 67.-Comunicación de servicios mínimos

En el caso de servicios públicos esenciales o de las labores indispensables previstas en el Artículo 78 de la Ley, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 82 de la misma, las empresas o entidades comunican en el mes de enero de cada año a sus trabajadores u organización sindical y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios mínimos, los horarios y turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deban iniciarse los servicios mínimos por cada puesto.

Las empresas o entidades deben incluir en su comunicación un informe técnico que justifique la cantidad de trabajadores por puestos, los horarios, turnos, periodicidad y la oportunidad en que debe realizarse los servicios mínimos.

En caso de servicios públicos esenciales, dicha comunicación debe justificarse en la preservación de la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. Cuando se trate de labores indispensables, la justificación deberá contemplar los siguientes requisitos:

i) Limitar las labores indispensables a lo estrictamente necesario.
ii) Brindar un detalle claro sobre la estructura y funcionamiento de la empresa.
iii) Motivar adecuadamente la propuesta de servicios mínimos en virtud de la seguridad de los trabajadores y ciudadanos que se encuentran en las instalaciones de la empresa; o, en función a que la paralización del servicio originada por la huelga impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa."

"Articulo 67-A.- Consecuencias de la no presentación de la comunicación de servicios mínimos

Si el empleador no presenta la comunicación señalada en el artículo anterior, en caso de huelga la Autoridad Administrativa de Trabajo califica el cumplimiento del requisito establecido en el literal c) del artículo 65° de este Reglamento, según el siguiente orden de prelación:

67-A.1 Para servicios públicos esenciales:

i) En primer lugar, el acuerdo de las partes;
ii) En segundo lugar, la resolución de divergencia del año inmediatamente anterior;
iii) En tercer lugar, comunicación de servicios mínimos del empleador del año inmediatamente anterior;
iv) En defecto de todo lo anterior, los estándares internacionales de derechos humanos sobre la garantía debida de la vida, seguridad y salud de toda o parte de la población.

67-A.2 Para las labores indispensables:

i) En primer lugar, el acuerdo de partes.

ii) En segundo lugar, la resolución de divergencia del año inmediato anterior.

iii) En defecto de todo lo anterior ,la nómina presentada por el Sindicato de conformidad con las pautas de buena fe y razonabilidad ".

"Artículo 68.-Divergencia sobre servicios mínimos

En caso de divergencia sobre los servicios mínimos frente a la comunicación que cumpla con lo establecido en el artículo 67 del Reglamento ,los trabajadores u organización sindical deben presentar a la Autoridad Administrativa de Trabajo en un plazo no mayor de treinta (30) días naturales de comunicados los servicios mínimos por su empleador, un informe con sus observaciones justificadas respecto al número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio que haya comunicado la empresa o entidad.

Para la resolución de la divergencia la Autoridad Administrativa de Trabajo cuenta con treinta (30) días hábiles para resolver .Para ello , puede contar con el apoyo de un órgano independiente , el mismo que es designado en el plazo no mayor de diez (10) días hábiles computados desde la presentación de la divergencia .El periodo entre la designación y la aceptación del órgano independiente suspende el plazo con el que cuenta la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver la divergencia.

En caso se cumpla el plazo máximo para resolver la divergencia, los trabajadores u organizaciones sindicales tienen que presumir la existencia de una resolución ficta denegatoria ,encontrándose facultados para interponer los recursos administrativos pertinentes en uso o aplicación del silencio administrativo negativo.

Las partes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución que resuelva la divergencia dentro de los quince (15) días hábiles de notificada.

La Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles ,traslada el recurso al órgano independiente cuando las observaciones estén referidas al sustento técnico".

"Artículo 68-A.- Trámite de la divergencia sobre servicios mínimos

El órgano independiente debe comunicar si acepta o no tal designación en un plazo máximo de diez (10) días hábiles luego de notificada la misma. Transcurrido dicho plazo sin respuesta expresa, la Autoridad Administrativa de Trabajo, por única vez, designa a otro órgano o resuelve la divergencia.

Una vez aceptada la designación, el órgano independiente debe determinar los servicios mínimos en un plazo máximo de quince (15) días hábiles. La Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve sobre la base del informe del órgano independiente , del informe técnico presentado por el empleador y de las observaciones o de los informes que presenten los trabajadores u organización sindical ,pudiendo solicitar el apoyo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo u otras entidades.

Las partes están obligadas a facilitar al órgano independiente o a la Autoridad Administrativa de Trabajo la información que requieran, así como permitir el ingreso a sus instalaciones. La negativa del empleador a otorgar estas facilidades supone que el órgano independiente o la Autoridad Administrativa de Trabajo puedan efectuar presunciones en contra de la postura del empleador.

Mientras no se resuelva la divergencia, en caso de huelga, se considera el siguiente orden de prelación:

i) Para el caso de servicios públicos esenciales: en primer lugar ,los acuerdos previos sobre servicios mínimos ; en segundo lugar , la resolución de una divergencia anterior en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente ; en defecto de todo lo anterior ,surtirá efecto la declaración realizada por el empleador conforme a lo establecido en su informe técnico.

ii) Par el caso de labores indispensables: en primer lugar, los acuerdos previos sobre servicios mínimos; en segundo lugar, la resolución de una divergencia anterior en aquellos aspectos que no hayan variado sustancialmente; en defecto de todo lo anterior; la Autoridad Administrativa de Trabajo aplicará el principio de

buena fe y razonabilidad tomando de referencia la declaración realizada por el empleador, conforme a lo establecido en su informe técnico".

"Artículo 68-B.- Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece las características técnicas que debe cumplir el órgano independiente así como sus honorarios referenciales, de ser el caso".

La Resolución Ministerial N.° 048-2019-TR, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de febrero de 2019, aprobó las Normas complementarias al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.° 011-92-TR, que regulan la comunicación de servicios mínimos y el procedimiento de divergencia, así como las características técnicas y los honorarios referenciales del órgano independiente encargado de la divergencia y el "Formato referencial de comunicación de servicios mínimos".

18. LA ILEGALIDAD DE LA HUELGA

El tema de la ilegalidad de la huelga está referido a si la misma ha sido ejercitada con arreglo al ordenamiento legal. Cuando se materializa una huelga, esta debe cumplir con ciertas obligaciones previstas en la ley, cuya infracción origina su ilegalidad; debe quedar claro que ya no se trata de cumplir requisitos formales como ocurre en la declaratoria de improcedencia, sino de respetar las prohibiciones impuestas legalmente, siendo el caso que, de lo contrario, puede ocurrir que una huelga que en sus orígenes haya sido legal incurra en causal de ilegalidad.

El artículo 84.° del TUOLRCT establece como supuestos por los cuales la huelga puede ser declarada ilegal los siguientes:

a) Si se materializa no obstante haber sido declarada improcedente.
b) Por haberse producido, con ocasión de ella, violencia sobre bienes o personas.
c) Por incurrirse en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81°.
d) Por no cumplir los trabajadores con lo dispuesto en el artículo 78° o en el artículo 82°.

e) Por no ser levantada después de notificado el laudo o resolución definitiva que ponga término a la controversia.

La resolución que declara la ilegalidad de la huelga es emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo de oficio o a pedido de parte, dentro de los dos (2) días de producidos los hechos y puede ser impugnada. La resolución de segunda instancia deberá ser emitida dentro del plazo máximo de dos (2) días (último párrafo del artículo 84.° del TUOLRCT).

En el caso que la huelga resulte legal, el artículo 70.° del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo N.° 014-2022-TR, dispone:

> "**Artículo 70.- Efectos de la huelga**
> Cuando la huelga sea declarada, observando los requisitos legales, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar, no pudiendo pactarse en contrario. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa a que se refiere el artículo 78 de la Ley, al personal de dirección y de confianza debidamente calificado y siempre que no estuviese comprendido en el ámbito de la huelga, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad de servicio.
> El empleador no podrá utilizar personal de reemplazo, de manera directa o indirecta, para realizar las actividades de los trabajadores en huelga ni mantener activos los procesos o actividades afectadas por esta. El empleador se encuentra prohibido de facilitar el acceso a sus labores al personal comprendido en el ámbito de la huelga y, en general, de realizar cualquier acto que impida u obstruya el libre ejercicio de la huelga.
> La Autoridad Administrativa de Trabajo resuelve la procedencia y la legalidad de la huelga, regulados en los artículos 73 y 84 de la Ley, atendiendo a la Constitución Política del Perú, a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano, a los Convenios Internacionales del Trabajo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y al deber de fomento de la negociación colectiva, para garantizar el ejercicio del derecho de huelga".

19. TÉRMINO DE LA HUELGA

La huelga culmina por los siguientes casos:

19.1. El acuerdo de partes

Resulta evidente que si las partes así lo acuerdan pueden dar por terminada la huelga.

19.2.La Decisión de los trabajadores

Siendo la huelga un derecho de la colectividad de los trabajadores es posible que estos, como titulares del mismo, puedan dar término a su ejercicio en el momento que lo consideren conveniente.

Sobre el levantamiento de la huelga por los trabajadores el Reglamento precisa lo siguiente:

> "**Artículo 72.-** La decisión de levantamiento de huelga por los trabajadores, deberá ser comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con veinticuatro (24) horas de anticipación".

19.3.Por resolución administrativa

El artículo 68.° de la Ley ha previsto los supuestos en que es posible la intervención del Poder Ejecutivo para dar por terminada una huelga, en estos casos, dada la trascendencia de la decisión, deberá dictarse una resolución suprema, la misma que será rubricada por el Presidente de la República y firmada por el Ministro de Trabajo.

19.4.Declaratoria de ilegalidad

La huelga puede ser declarada ilegal por la Autoridad Administrativa de Trabajo cuando se presenten los supuestos establecidos en el artículo 84.° del TUOLRCT, en estos casos deberá terminar, de lo contrario, los trabajadores que persistan en la misma incurrirán en falta disciplinaria sancionable por el empleador.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2012) ha señalado lo siguiente:

"4. [...] de conformidad con lo prescrito en el inciso d) del artículo 85° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR. Por lo tanto cuando el Sindicato cumpla con su obligación de dar preaviso al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo antes de declarar la improcedencia de una huelga, ningún trabajador puede ser sancionado o despedido durante el período que se lleve a cabo la huelga, pues ello vulnera en forma manifiesta el derecho a la libertad sindical.

Ello debido a que cuando se declara la ilegalidad de la huelga la orden de reanudar el trabajo no es automática sino competencia del empleador. En este sentido el artículo 73° del Decreto Supremo N° 011-92-TR prescribe que: "Declarada la ilegalidad de la huelga mediante resolución consentida o ejecutoriada, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial, o de Juez de Paz y a falta de estos, bajo constancia policial" (fundamento 4).

Sobre la ilegalidad de la huelga el Reglamento precisa las reglas siguientes:

"**Artículo 73.-** Declarada la ilegalidad de la huelga mediante resolución consentida o ejecutoriada, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente al del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante cartelón colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial, o de Juez de Paz y a falta de éstos, bajo constancia policial.

La resolución queda consentida a partir del vencimiento del plazo de apelación de la resolución de primera instancia, sin que ésta se haya producido.

La resolución dictada en segunda y última instancia causa ejecutoria desde el día siguiente a la fecha de su notificación".

20. SANCIONES A LOS HUELGUISTAS

En principio, la facultad patronal de sancionar a los trabajadores que materializan una huelga improcedente o que continúa a pesar de haber sido

declarada ilegal ha sido restringida por la legislación y las interpretaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Constitucional han sido de distinto parecer.

En el caso de los trabajadores que materialicen una huelga a pesar que ha sido declarada improcedente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la Corte Suprema de Justicia de la República (2021) ha establecido el criterio que incurren en responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencia al trabajo, pero, que la sanción a aplicarse no puede ser la de despido.

En el caso de los trabajadores que participen de una huelga declarada ilegal por la Autoridad Administrativa de Trabajo, de conformidad con el artículo 39.° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR, estos incurren en responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencias al trabajo; siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante cartelón o medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro labores bajo fe notarial o a falta de notario, bajo constatación policial, siempre y cuando la resolución que declara ilegal la huelga hay quedado consentida o ejecutoriada.

Los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento patronal.

Bibliografía

- Casación Laboral N.° 22596-2018 LAMBAYEQUE, del 09 de setiembre de 2021.
- Casación Laboral N.° 533-2016 LORETO, del 30 de diciembre de 2016.
- Casación Laboral N.° 3480 – 2014 LIMA, del 24 de octubre de 2016
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), Opinión Consultiva OC-27/21.
- Comité de Libertad Sindical (2018). Recopilación de decisiones.
- GERNIGÓN, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. (2000). Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. (1999). Derecho del Trabajo. Sétima Edición. España: Centro de Estudios Ramón Areces.

- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. (1996). La huelga en el Perú. La Huelga en Iberoamérica, Aele, Lima.
- STC N° 02714-2010-PA/TC del 03 de mayo de 2012.
- STC N.° 06053-2009-PA/TC del 11 de julio de 2011.
- STC N.° 03561-2009-PA/TC, del 10 de junio de 2010.
- STC N° 02316-2009-AA de fecha 24 de setiembre de 2009.
- STC N.° 00005-2008-PI/TC, del 04 de setiembre de 2009.
- STC N.° 00026-2007-PI/TC, del 28 de abril de 2009.
- STC N° 00008-2008-AI de fecha 22 de abril de 2009
- STC N.° 3311-2005-PA/TC, del 05 de enero de 2006.
- STC N.° 008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ACKERMAN, Mario E. y otros. (2007). Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VII Relaciones Colectivas de Trabajo – I, 1ª. Edición. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- ALEMÁN PÁEZ, Francisco. (2015). Curso de Derecho del Trabajo, Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos.
- ALONSO GARCÍA, Manuel. (1981). Curso de Derecho del Trabajo, Séptima Edición. Madrid: Editorial Ariel.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. (2000). Derecho del Trabajo, 18.a Edición Revisada. Madrid: Editorial Civitas.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. (1987). Introducción a la Ciencia del Derecho, Décima Edición. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- ARCE ORTIZ, Elmer. (2008). Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Lima: Palestra Editores.
- AURIS GUTIÉRREZ, Fredy. (2018). Summa Laboral. Lima: Editorial Nomos & Tesis E.I.R.L.
- BALTA VARILLAS, José. (2005). Acoso Sexual en las Relaciones Laborales Privadas. Lima: Ara Editores.
- BARRERO FERNÁNDEZ, Antonio. (2000). El Teletrabajo. España: Editorial Libsa S.A.

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (2006). El Despido en el Derecho Laboral Peruano, Segunda Edición. Lima: ARA Editores EIRL.
- BOZA PRO, Guillermo y otros. (1994). Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada, 1ª. Edición. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.
- BOZA PRO, Guillermo. (2000). Fundamentos del Derecho del Trabajo. Lima: Academia de la Magistratura.
- BOZA PRO, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo* (1.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BRICEÑO RUIZ, Alberto. (1985). Derecho Individual del Trabajo, Primera Edición. México D. F.: Editorial HARLA.
- BRIONES GONZALES, Carmen. (1995). La Extinción del Contrato de Trabajo por Causas Objetivas. Madrid: Edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.
- CABANELLAS, Guillermo. (1959). Derecho Sindical y Corporativo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba.
- CABANELLAS, Guillermo. (1964). Contrato de Trabajo, Volumen III. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- CABANELLAS, Guillermo. (1976). Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 9na. Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. (2001). Diccionario de Derecho Laboral. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2003). Derecho Laboral, 7ª. Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. (2012). Diccionario de Derecho Laboral. Bogotá: Editorial THEMIS.
- CARBALLO MENA, César Augusto. (2000). Derecho Laboral Venezolano. 1ª. Edición, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. (1999). Modificación y derogación de las normas legales, Primera Edición. Lima: ARA Editores.

- CARRILLO CALLE, Martín. (1990). Fuero Sindical. Derecho Colectivo del Trabajo Materiales de Enseñanza, 2ª. Edición.
- CERÓN CORAL, Jaime y PIZARRO JARAMILLO, Esteban. (2007). El Arbitraje Laboral. Bogotá: Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. Igualdad de Remuneración: Documento de la Oficina Internacional del Trabajo.
- CORREA MEYER RUSSOMANO, Gilda Maciel. (1987). Derecho Internacional Privado del Trabajo, Primera Reimpresión en español. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CRISTALDO MONTANER, Jorge Darío. (2009). Tratado de la Estabilidad Laboral. Paraguay: Ediciones FIDES.
- DE DIEGO, Julián Arturo. (2004). Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 6a. edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- DE FERRARI, Francisco. (1974). Las Relaciones Colectivas, Vol. IV. Buenos Aires: Depalma.
- DE LA CUEVA, Mario. (2000). Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T.II, Décima primera Edición. México: Editorial Porrúa.
- DEVEALÍ, Mario. (1964). Tratado de derecho del trabajo, tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- DU PASQUIER, Claude. (1983). Introducción al Derecho, 3ª. Edición. Lima: Ediciones Justo Valenzuela EIRL.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. (1995). Derecho Laboral-Relaciones Colectivas de Trabajo, Primera Edición. Lima: Jus Editores.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. (1991). Sindicatos en Libertad Sindical, 2ª. Edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. (1995). La Protección contra los Actos Antisindicales. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

- ETALA, Carlos Alberto. (2001). Derecho Colectivo del Trabajo. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ETALA, Carlos Alberto. (2004). Interpretación y aplicación de las normas laborales. Buenos Aires: Astrea.
- FLORES POLO, Pedro. (2002). Diccionario Jurídico Fundamental, 2ª. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis. (1975). Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social, Tercera Edición. Asunción: Editorial El Foro.
- FRESCURA Y CANDIA, Luis. (1986). Derecho Paraguayo del Trabajo y la Seguridad Social, Tercera Edición Corregida, Ampliada y Actualizada. Asunción: Editorial "El Foro".
- GACETA JURÍDICA. (2019). 700 Criterios Jurisprudenciales Laborales que todo abogado debe conocer, 1ª. Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- GARCIA MANRIQUE, Álvaro y otros (2015). Manual de Contratación Laboral. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- GERNIGÓN Bernard, ODERO Alberto y GUIDO Horacio. (2000). La Negociación Colectiva, Normas de la OIT y principios de los órganos de control, 1a. Edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (1966). Derecho del trabajo. Relaciones individuales de trabajo. 1a. edición. Lima: Editorial San Marcos.
- GOMEZ VALDEZ, Francisco. (1996). Derecho del Trabajo, Primera Edición. Lima: Editorial San Marcos.
- GOMEZ VALDEZ, Francisco. (2000). El Contrato de Trabajo, Parte General, Tomo I. Lima: Editorial San Marcos.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2007). Derecho del Trabajo - Relaciones Individuales de Trabajo, Segunda Edición Actualizada. Lima: Editorial San Marcos.

- GÓMEZ VALDEZ, F. (2015). *Derecho del Trabajo Individual. Relaciones Individuales de Trabajo* (4.ª ed.). Editorial San Marcos.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco. (2016). El Contrato de Trabajo, Tomo I. Lima: Adrus D & L Editores S.A.C.
- GUASTINI, Ricardo. (1997). Problemas de interpretación. Isonomía, 7, México,
- GUASTINI, Ricardo. (2016). Las Fuentes del Derecho, Fundamentos Teóricos. Lima: Editorial Científica Peruana SAC.
- HARO CARRANZA, Julio E. (2004). Derecho Colectivo del Trabajo, 1ª. Edición. Lima: Editora Rao S.R.L.
- KROTOSCHIN, Ernesto. (1977). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, 3ª. Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- KROTOSCHIN, Ernesto. (1981). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Volumen I, Cuarta Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- LA HOZ TIRADO, Ricardo. (1976). Derecho Colectivo del Trabajo Volumen I, 2ª. Edición. Lima: Imprenta Ed. Pérez Pacusich.
- LÓPEZ FAJARDO, Alberto. (2014). Elementos de Derecho del Trabajo, 5ª. Edición actualizada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. (2002). Derecho del Trabajo, 11ª. Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTIN VALVERDE, Antonio y otros. (2008). Derecho del Trabajo, 17ª. Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. (1988). Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social, 2a. edición corregida y actualizada. Buenos Aires: Astrea.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. (1997). Iniciação ao Direito Do Trabalho. Sao Paulo: Editora Ltr.
- MASCARO NASCIMENTO, Amaurí. (1999). Teoría general del direito do trabalho. Sao Paulo: Editora LTr.

- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2015). Lecciones de Derecho del Trabajo, 8ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan. (1996). Introducción al Proceso Laboral. 3ª. Edición. Barcelona: J. M. BOSCH Editor S.A.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (1988). Los Sindicatos en el Derecho Español. En Los Sindicatos en Iberoamérica. Lima: Editorial Aele.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (2001). Derecho del Trabajo, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). La Libertad Sindical (recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT), 5ta. Edición. Ginebra.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2011). Listado de Enfermedades Profesionales (Revisada 2010), Segunda impresión. Ginebra: OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2018). La Libertad Sindical (2018) Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. (2014). Compendio de Derecho Sindical, Tercera Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. (1988). Derecho Sindical Español, Segunda Edición. España: Tecnos.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. (1999). Derecho del Trabajo, 7ª. Edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Cáceres S.A.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. (1996). La huelga en el Perú. La Huelga en Iberoamérica, Aele, Lima.
- PINTO PALACIOS, Fernando y PUJOL CAPILLA. (2017). Purificación: La prueba en la era digital, Primera Edición. Madrid: Editora Wolters Kluger.

- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. (1998). Los Principios del Derecho del Trabajo, 3ª. Edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y otro. (2009). El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional, Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2000). Derecho del trabajo individual. 5ª. edición. Lima: Editorial Edial.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2007). Derecho del Trabajo. Teoría General I, 2ª. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. (2014). Derecho del Trabajo Colectivo, 8ª. Edición. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- RUBIO CORREA, Marcial. (2003). Aplicación analógica de la ley. Código Civil Comentado, Editorial Gaceta Jurídica por los 100 mejores especialistas, Tomo 1.
- RUBIO CORREA, Marcial (2015). El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Décima Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.
- RUBIO CORREA, Marcial. (2009). El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho, 10ª. Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SAGRADA BÍBLIA. Barcelona: Editorial Océano.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. (2007). Derecho Constitucional del Trabajo, Primera Edición. Lima: Editora Gaceta Jurídica.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (2008). Los contratos de trabajo de duración determinada, 2ª. Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- SOTO CERBON, Juan. (1992). Teoría General del Derecho del Trabajo, Primera Edición. México D.F.: Editorial Trillas.
- SUÁREZ SANDOVAL, Miguel A. (1985). Reflexiones sobre Derecho Sindical. Lima: Editora Centro Copias Gagó Hnos.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. (2001). Elementos de la Responsabilidad Civil, Primera Reimpresión. Lima: Editorial Grijley EIRL.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. (1980). Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II, Primera Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2005). Instituciones del Derecho Laboral, 2da. Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. (2010). El contenido del convenio colectivo de trabajo. En Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú, un enfoque teórico -práctico. Lima: Gaceta Jurídica.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis. (2017). Guía Laboral, 8ª. Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- TRUJILLO V., Julio César. (1979). Derecho del Trabajo, Tomo II. Quito: Ediciones de la Universidad Católica, Quito.
- VASQUEZ VIALARD, Antonio. (1986). Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, 1ª. Edición. Lima: Ediciones Jurídicas.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. (2010). La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación, Primera Edición. Lima: Editorial PLADES.

Libros de autores múltiples

- ALTAMIRA GIGENA, Raúl E. (1989). Accidentes y Enfermedades de Trabajo. En Manual de Derecho de la Seguridad Social. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge. (2004). Comentario del artículo 1329° del Código Civil. En Código Civil comentado, Tomo VI, Primera Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- FERNÁNDEZ ROCHA, Sandra. (2001). Una nueva forma de trabajar: El Teletrabajo. En V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1ª. Edición. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- FERRO DELGADO, Víctor. (2013). El Teletrabajo: una aproximación a un fenómeno complejo. En Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- LLANOS GAMARRA, Rafael Omar. (2006). Protección constitucional de los derechos laborales en el hostigamiento sexual. En Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional- II Congreso Nacional de la SPDTSS. Lima: SPDTSS.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. (1987). La Extinción del Contrato de Trabajo en el Derecho Español. En La Extinción de la Relación Laboral (85). Lima: Aele Editorial.
- PASCO COSMOPOLIS, Mario. (2004). Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo. En Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- PIROLO, Miguel Ángel y MURRAY, Cecilia. (2008). Jornada de trabajo, pausas y descansos. En Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- RODRÍGUEZ, Francisco Antonio. (2001). El teletrabajo en España ¿trabajo subordinado o autónomo? En V Congreso Regional

Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1ª. Edición. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Revistas

- CARRASCO MENDOZA, Hugo. (2015). El teletrabajo y su regulación en el Perú. Soluciones Laborales, 91, 25.
- CARRO HERNANDEZ, María del Rocío. (1989). La inmunidad diplomática en materia laboral. Revista Debate Laboral, Año II, N°3/89, 205.
- ECHAÍZ MORENO, Daniel. (2002). El fuero sindical. 28/01/2002, de Legalinfo-Panamá. Sitio web: www.legalinfo-Panama.com
- ELÍAS MANTERO, Fernando. (2003). Comentario Exegético del Decreto Ley N° 25593. En Actualidad Laboral, N° 326.
- GONZÁLEZ, Ricardo Oscar. (2000). Despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. Revista de Derecho Laboral, Extinción del Contrato de Trabajo-II, Rubinzal-Culzoni Editores: 345-346.
- PACHECO ZERGA, L. (2020). Las Fuentes del Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, (21), 11-39.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2002). Puntos críticos sobre las vacaciones en el sistema peruano. Ius et veritas, Número 25.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2005). Indemnización por falta de vacaciones: ¿Cuándo se genera el derecho? Revista Derecho y Sociedad, 25.

Resoluciones judiciales

- Apelación N.° 11673-2015-LIMA, del 11 de diciembre de 2015.
- Apelación N.° 4968-2017 LIMA, del 23 de enero de 2018.
- Casación N.° 685-97 ICA, del 25 de junio de 1998.
- Casación N.° 760-96 LIMA del 15 de setiembre de 1998.

- Casación N° 4255-2017 LIMA, del 19 de junio de 2017.
- Casación N° 072-2001 LIMA de fecha 29 de marzo de 2001.
- Casación N° 242-97 LIMA, del 06 de octubre de 1997
- Casación N° 10984-2014 LIMA NORTE del 06 de enero de 2016.
- Casación Laboral N.° 3480 – 2014 LIMA, del 24 de octubre de 2016.
- Casación Laboral N.° 533-2016 LORETO, del 30 de diciembre de 2016.
- Casación Laboral N° 16648-2015 LIMA, del 06 de enero de 2017.
- Casación Laboral N.° 12901-2014 CALLAO de fecha 26 de abril de 2017.
- Casación N.° 10406-2016 LIMA del 16 de mayo de 2017.
- Casación Laboral N° 18449-2016 LIMA, del 14 de julio de 2017.
- Casación N° 5481-2015 LIMA NORTE del 04 de noviembre de 2015.
- Casación N° 953-2001 UCAYALI, del 24 de setiembre de 2001.
- Casación N° 450-2001 LIMA del 03 de julio de 2001.
- Casación N° 297-99 DEL SANTA del 30 de mayo de 2000.
- Casación N.° 19367-2015 JUNÍN, del 17 de enero de 2018.
- Casación Laboral N.° 22596-2018 LAMBAYEQUE, del 09 de setiembre de 2021.
- Tribunal Constitucional (2004). Expediente N.° 0784-2004-AA/TC LIMA, del 12 de octubre de 2004.
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 008-2005-PI/TC. Lima: 12 de agosto de 2005.

  https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente N.° 0024-2003-AI/TC. Lima: 10 de octubre de 2005.

  https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html

- Tribunal Constitucional (2006). Expediente N.° 3311-2005-PA/TC, del 05 de enero de 2006.
- Tribunal Constitucional (2006). Expediente N.° 06167-2005-HC/TC, del 28 de febrero de 2006.
- Tribunal Constitucional (2007). Expediente N.° 04853-2004-PA/TC. Lima: 19 de abril de 2007.

  https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04853-2004-AA.pdf
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 00008-2008-AI de fecha 22 de abril de 2009.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N.° 00026-2007-PI/TC, del 28 de abril de 2009.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N.° 03561-2009-PA/TC CALLAO, del 17 de agosto de 2009.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N.° 00005-2008-PI/TC, del 04 de setiembre de 2009.
- Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 02316-2009-AA de fecha 24 de setiembre de 2009.
- Tribunal Constitucional (2010). Expediente N.° 03561-2009-PA/TC, del 10 de junio de 2010.
- Tribunal Constitucional (2010). Expediente N.° 02851-2010-PA/TC, del 15 de marzo de 2011.
- Tribunal Constitucional (2011). Expediente N.° 06053-2009-PA/TC, del 11 de julio de 2011.
- Tribunal Constitucional (2011). Expediente N.° 00142-2011-PA/TC, del 21 de setiembre de 2011.
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente N.° 05539-2009-AA, del 25 de enero de 2012.
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente N.° 0020-2012-PI/TC, del 16 de abril de 2012.

- Tribunal Constitucional (2012). Expediente N.° 02714-2010-PA/TC, del 03 de mayo de 2012.
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente N.° 03243-2012-AA, del 21 de mayo de 2014.
- Tribunal Constitucional (2015). Expedientes Nos. 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (acumulados) del 03 de setiembre de 2015.

Informes y resoluciones administrativas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021), Opinión Consultiva OC-27/21.
- Informe N° 029-2011-MTPE/2/14 del 15 de diciembre de 2011.
- Informe N.° 003-2014-MTPE/2/14.1 del 08 de enero de 2013.
- Resolución de Intendencia N° 17-2014-SUNAFIL/ILM del 10 de setiembre de 2014.
- Resolución de Intendencia N° 219-2015-SUNAFIL/ILM del 18 de junio de 2015.

TRATADO DE DERECHO LABORAL

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
en los Talleres Gráficos de JURISTA EDITORES EIRL,
Jr. Miguel Aljovín N° 201 - Lima - Perú
en el mes de enero de 2023

ISBN: 978-612-5019-37-0